



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 0000086 DE 2009
(09 ENE. 2009)

Radicación: 06 – 033219

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 de conformidad con los artículos 50, 51 y 59 del Código Contencioso Administrativo

CONSIDERANDO

PRIMERO. Que mediante Resolución 033918 de 8 de septiembre de 2008 se impuso a la sociedad **LÁCTEOS DE CESAR S.A.**, identificada con el NIT No. 892.301.290-8, una sanción pecuniaria por la suma de veintiún millones ciento sesenta mil cuatrocientos cincuenta y seis pesos (\$21.160.456,00) y al señor **JAIME GÓMEZ JARAMILLO**, quien durante el periodo de los hechos investigados era el Representante Legal de **LÁCTEOS DEL CESAR S.A.**, por la suma de tres millones ciento setenta y cuatro mil sesenta y ocho pesos (\$3.174.068,00), 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 Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

SEGUNDO. Que el acto administrativo citado en el considerando anterior se notificó por conducta concluyente el 18 de septiembre de 2008 para la Doctora María Helena Malagón Gómez, apoderada especial del señor **JAIME GÓMEZ JARAMILLO** y mediante edicto desfijado el 30 de septiembre de 2008 para el Doctor Germán Marín Ruales, quién reasumió el poder de la sociedad **LÁCTEOS DEL CESAR S.A.** En consecuencia, el término para presentar recurso de reposición sobre ese acto venció el 25 de septiembre para la Doctora María Helena Malagón Gómez y el 7 de octubre de 2008 para el Doctor Germán Marín Ruales.

TERCERO. Que mediante escritos radicados con número 06-033219-00087 y 06-033219-00088 de 6 de octubre de 2008, el doctor Germán Marín Ruales, apoderado especial de la sociedad **LÁCTEOS DEL CESAR S.A.**, y la Doctora María Helena Malagón Gómez, apoderada especial del señor **JAIME GÓMEZ JARAMILLO**, presentaron recurso de reposición solicitando al Superintendente de Industria y Comercio "revocar la resolución No 33918 del 8 de septiembre de 2008 proferida dentro del expediente No 06-033219 y a reconsiderar la imposición de la sanción pecuniaria impuesta".

CUARTO: Que el Código Contencioso Administrativo establece en el Artículo 51:

"De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5)

días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene su recibo y tramitación e imponga las sanciones correspondientes.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición.

Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme (subraya fuera del texto).

QUINTO. Según lo establece el Artículo 330 del Código de Procedimiento Civil y el Artículo 48 del Código Contencioso Administrativo con respecto a la notificación por conducta concluyente:

"ART. 330. Modificado. L. 794/2003, art. 33. Notificación por conducta concluyente. Cuando una parte o un tercero manifieste que conoce determinada providencia o la mencione en escrito que lleve su firma, o verbalmente durante una audiencia o diligencia, si queda constancia en el acta, se considerará notificada personalmente de dicha providencia en la fecha de presentación del escrito o de la audiencia o diligencia" (subraya y negrilla fuera del texto).

"ART. 48. Falta o irregularidad de las notificaciones. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales" (subraya y negrilla fuera del texto).

El 9 de septiembre de 2008 fue recibido en la oficina de la Doctora María Helena Malagón Gómez el aviso de notificación en el cual se le solicitaba a los apoderados de los investigados "(...) presentarse a este despacho (...) dentro de un término de cinco (5) días hábiles contados a partir del envío de la presente citación, en horario de 8.00 a.m. a 4:30 p.m., jornada continua con el fin de notificarle personalmente el contenido de la resolución y expediente citados en la referencia".

Por no haberse presentado en el término, el 17 de septiembre de 2008 se fijó el edicto para notificar a los apoderados de los investigados según lo prevé el Artículo 45 del Código Contencioso Administrativo.

El 18 de septiembre de 2008 la Doctora María Helena Malagón Gómez mediante un derecho de petición radicado en esta Entidad con número 08-098970-00000 solicitó:

"(...) con el propósito de que me informen lo siguiente:

1. ¿Cuándo fue colocado a disposición del público y a qué hora, el tomo de edictos No. 150 del mes de septiembre de 2008?
2. ¿La razón por la cual, el tomo de edicto No. 150 no estaba a disposición del público, el día 17 de septiembre de 2008, en horas de la mañana?
3. (...)
4. ¿La razón por la cual el día 17 de septiembre de 2008, a las 11 de la mañana, no aparecía en el sistema, la información atinente al tomo de edictos No.150?
5. La razón por la cual para los edictos fijados el 17 de septiembre de 2008, la Superintendencia de Industria y Comercio utilizó 2 tomos para notificar providencias (los tomos No. 149 y No. 150), cuando en la práctica se fija (1) tomo por día, (...).
6. ¿Por qué razón se notifica por edicto la misma resolución (Resolución No. 33918 del 8 de septiembre de 2008), en días diferentes (17 y 18 de septiembre de 2008), cuando según la ley, se debe notificar en un mismo día a todos los interesados?
7. ¿Por qué razón la Resolución No. 33918 del 8 de septiembre de 2008, aparece fijada en el tomo de edicto No. 150, correspondiente a notificaciones por edicto de la Delegatura comúnmente conocida como "COMPETENCIA DESLEAL", y no aparece fijada en el tomo de edicto No. 149, correspondiente a notificaciones por edicto de la Delegatura comúnmente conocida como "PROTECCIÓN", sabiendo que usualmente las multas y sanciones pecuniarias impuestas dentro de las investigaciones por presuntas prácticas comerciales restrictivas son notificadas en dicho tomo?" (subraya fuera del texto).

Como se observa, la Doctora María Helena Malagón Gómez, apoderada especial del señor **JAIME GÓMEZ JARAMILLO**, presentó un escrito (derecho de petición con número de radicación 08-098970) a esta Entidad el 18 de septiembre de 2008, mencionando la Resolución No. 033918 de 8 de septiembre de 2008, circunstancia que tipifica la notificación por conducta concluyente según lo prevé el Código de Procedimiento Civil y el Código Contencioso Administrativo. En consecuencia, para este Despacho la notificación de la Resolución 033918 se surtió el 18 de septiembre de 2008 para la Doctora María Helena Malagón Gómez, apoderada especial del señor **JAIME GÓMEZ JARAMILLO**.

Así las cosas, el recurso presentado el 6 de octubre de 2008, por la Doctora María Helena Malagón Gómez apoderada especial del señor **JAIME GÓMEZ JARAMILLO** es extemporáneo ya que el término para presentarlo venció el 25 de septiembre de 2008. Por lo tanto, este Despacho se abstiene de pronunciarse frente al mismo.

SEXTO: Que en relación con los argumentos presentados por el apoderado especial de **LÁCTEOS DEL CESAR S.A.**, la Superintendencia de Industria y Comercio procede a pronunciarse así:

- 6.1. Las supuestas irregularidades en el trámite de notificación de la resolución 033918 del 8 de septiembre de 2008 (se notificó a los interesados mediante dos edictos de fechas diferentes y el edicto 7713 del tomo 150 del 17 de septiembre de 2008 ni fue fijado a primera hora del día 17 de septiembre ni estuvo disponible al público durante todo el día 17 de septiembre de 2008):

Afirma el recurrente que “[l]a notificación por edicto contemplada en el artículo 45 del C.C.A., es la excepción a la regla de notificación personal contemplada en ese mismo código. La notificación por edicto procede cuando es imposible realizar la notificación personal y las autoridades solo pueden acudir a la notificación por edicto cuando hubieren agotado todos los medios posibles para la notificación personal. Así las cosas, si es imposible realizar la notificación personal y han pasado cinco (5) días hábiles del envío de la citación, el funcionario competente notificará el acto administrativo por edicto que se fijará en un lugar público del respectivo Despacho, por el término de diez (10) días” (subraya fuera del texto).

Es necesario señalar que a la comunicación suscrita por el recurrente el 18 de septiembre de 2008 radicada con número 08-098974, en las que se planteaban estas mismas inquietudes, este Despacho dio respuesta el 9 de octubre de 2008 en comunicación con número de radicación 08-098974-00001, en la cual se explicó:

“(...) el aviso de notificación personal de la Resolución 33918 del día 8 de septiembre de 2008 se entregó en la oficina de los apoderados de los investigados el día 9 de septiembre de 2008 y, en la oficina del Consejo Nacional Lácteo, como peticionario, el día 10 de septiembre de 2008.

Por lo anterior, el 17 de septiembre de 2008, esto es, transcurridos cinco (5) días hábiles contados desde la entrega del aviso de notificación personal a los investigados –artículo 45 del Código Contencioso Administrativo–, se fijó un edicto para la notificación de la resolución a los investigados. Lo mismo se hizo respecto del peticionario que impulsó la actuación, sólo que contando los días para fijación del correspondiente edicto a partir del 10 de septiembre de 2008”.

La Notificación personal de los actos Administrativos que ponen término a una actuación administrativa debe hacerse, según lo establece el Código Contencioso Administrativo, a los investigados. La Resolución 033918 del 8 de septiembre de 2008 previó la notificación a los investigados y también al quejoso o peticionario.

Es necesario precisar que el Código Contencioso Administrativo no establece obligación alguna de notificación a todos los interesados el mismo día, como lo afirma el recurrente. Según lo previsto en el Código Contencioso Administrativo en el artículo 3, “[e]n virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código y la ley” (subraya fuera del texto). En este sentido el Artículo 44 y 45 establecen:

“ART. 44. Deber y forma de notificación personal. Las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado.

(...)

Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquél haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito. La constancia del envío se anexará al expediente. El envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto (subraya fuera del texto).

*"ART. 45. **Notificación por edicto.** Si no se pudiere hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, se fijará edicto en lugar público del respectivo despacho, por el término de diez (10) días, con inserción de la parte resolutive de la providencia* (subraya fuera del texto).

En el caso de la Resolución 033918 de septiembre 8 de 2008, en la cual el Dr. Germán Marín Ruales obra como apoderado especial de **LÁCTEOS DEL CESAR S.A.**, el aviso de notificación personal se entregó en sus oficinas el día 9 de septiembre de 2008, por lo que la fijación del edicto se realizó cinco (5) días hábiles después de comunicada la citación, es decir en septiembre 17 de 2008 y se desfijó el 30 de septiembre de 2008. El objetivo de la citación era que se acercara a las oficinas de esta Entidad a notificarse personalmente del contenido de la resolución.

Con respecto a la solicitud del recurrente para que se le informe si el tomo 150 "fue o no fijado después de las 10:30 de la mañana de ese día", se reitera que una vez verificado el sistema se establece que fue fijado en septiembre 17 de 2008 en las condiciones que constan en el propio edicto.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que aún en el hipotético caso en que el edicto no se hubiere fijado exactamente a las 8 a.m., de conformidad con lo establecido en el artículo 324 del Código de Procedimiento Civil, la eventual irregularidad habría sido subsanada mediante la oportuna presentación del recurso que ahora ocupa al despacho, tal como lo prevé el Código Contencioso Administrativo en el artículo 48:

*"ART. 48. **Falta o irregularidad de las notificaciones.** Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales." (Subraya y negrilla fuera del texto).*

Según lo establece el artículo 45 del Código Contencioso Administrativo, "[s]i no se pudiere hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, se fijará edicto en lugar público del respectivo despacho, por el término de diez (10) días, con inserción de la parte resolutive de la providencia".

En consecuencia, la notificación a los investigados se surtió entonces de conformidad con lo previsto en el Código Contencioso Administrativo.

- 6.2. Con respecto al “Principio de favorabilidad en materia Administrativa” que plantea el recurrente (en las páginas 8 a 12 del recurso), en cuanto a que no puede la Administración iniciar investigaciones e imponer sanciones aplicando de manera ultractiva normas derogadas, teniendo en cuenta que el derecho de las prácticas comerciales restrictivas es un derecho penal administrativo y, en consecuencia, “el principio de favorabilidad en materia penal debe ser aplicado con estricto rigor, contrario a lo hecho por la Superintendencia en la resolución que se impugna”:

Según lo afirma el recurrente:

“De esta forma, al ser el derecho de las prácticas comerciales restrictivas un derecho penal administrativo, forzoso resulta concluir que el principio de favorabilidad en materia penal debe ser aplicado con estricto rigor, contrario a lo hecho por la Superintendencia en la resolución que se impugna. Así, la resolución debe revocarse pues en este caso es aplicable el principio de favorabilidad a favor de LACTEOS DEL CESAR S.A., y por ende no puede predecirse la ultractividad de las Resoluciones No. 0331 y 0337 de 2005, pues las mismas ya no se encuentran vigentes y en consecuencia no podría la Administración iniciar investigaciones imponer sanciones con base en normas inexistentes e inoperantes”.

El recurrente utiliza el concepto del tratadista argentino Guillermo Cabanellas de las Cuevas para sustentar que el derecho de la competencia tiene la naturaleza de un derecho penal administrativo. Posteriormente cita a la Corte Constitucional para concluir que el término “penas” se debe entender en sentido amplio como cualquier represión estatal generalizada. Concluye que el principio de favorabilidad consagrado en la Constitución Política se debe aplicar en esta actuación administrativa. El apoderado utiliza la sentencia de la Corte Constitucional T-037 de 1995 y algunas citas de la obra del Dr. Ossa Arbeláez como soporte de su tesis.

Frente a estos argumentos es necesario realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, la jurisprudencia citada no resulta pertinente en este caso. La sentencia T-037 de 1995 es un fallo de tutela basado en unos hechos particulares a partir de los cuales la Corte concluye que el principio de favorabilidad tiene estricta aplicación para todo proceso disciplinario. De hecho, el Código Disciplinario Único, expedido mediante la Ley 734 de 2002, prevé expresamente este principio en el artículo 14. Por lo tanto, las afirmaciones de la Corte deben entenderse referidas específicamente a cuestiones disciplinarias como las analizadas en el caso.

En segundo lugar, el incumplimiento del régimen de precio inequitativo en el mercado de leche cruda según el artículo 3 del Decreto 2513 de 2005 y el artículo 3 de la Resolución 331 de 2005 da lugar a una infracción de las normas

sobre prácticas restrictivas de la competencia. Es decir, la conducta queda sujeta a una sanción administrativa. En este campo no se aplica el principio de favorabilidad. Así lo ha señalado el Consejo de Estado en varias ocasiones.

En Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 16 de octubre de 2002, M.P. Dra. Susana Montes de Echeverri, el Consejo de Estado sostuvo:

"(...) En materias financieras son frecuentes las modificaciones de las regulaciones porque estas dependen de las circunstancias económicas del momento, pero la disminución y aún la supresión de un determinado deber no tiene efectos retroactivos a épocas anteriores, porque no se trata de normas de índole penal. Cuando se rebaja un encaje o una inversión obligatoria no puede alegarse esto como ley posterior favorable que exonere del cumplimiento de la norma que con anterioridad regía el encaje o la inversión (...)". Sentencia de 18 de noviembre de 1994, Sección IV M.P. Dra. Consuelo Sarria (subraya fuera del texto).

"(...) No se comparte la tesis de que el principio de favorabilidad se debe aplicar cuando quiera que se impongan sanciones administrativas, pues en esta materia y específicamente en relación con el derecho económico, que exige el que sus normas tengan efecto general inmediato, sin que haya lugar a pretender las consecuencias que se predicán a este respecto de las normas penales (...)". Sentencia de noviembre 12 de 1992, Sección IV. MP. Dra. Consuelo Sarria O. (subraya fuera del texto).

En el mismo concepto el Consejo de Estado sostuvo:

"(...) Tratándose de las infracciones (contravenciones) administrativas, existe una gama muy amplia de ellas, por lo cual y en cada caso, se deberán tener en cuenta su propia naturaleza y características a fin de determinar la aplicabilidad y alcance de los principios del derecho punitivo o sancionador.

Así, por ejemplo, en materia de política económica, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación no tiene aplicabilidad el principio de favorabilidad penal, pues su contenido hace relación a las definiciones propias de un momento dado y, por consiguiente, son por esencia cambiantes" (subraya fuera del texto).

Igual criterio reiteró el Consejo de Estado en Sentencia 12094 del 18 de abril de 2002, Sección Cuarta, M.P. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié:

"Al respecto ha sido criterio jurisprudencial de esta jurisdicción el considerar que el ejercicio del poder sancionatorio en cabeza del Estado, encuentra su límite propio en el respeto a los principios y garantías que informan el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución.

Ha considerado la sección, a partir de la naturaleza y finalidades de una y otra disciplina, que en el campo del derecho administrativo sancionatorio por infracciones al derecho financiero, como el que en esta oportunidad ocupa la atención de la sección, en donde se debaten actos dictados en desarrollo de la facultad sancionatoria que ostenta el Superintendente Bancario, respecto de las actuaciones de las entidades y personas objeto de inspección, vigilancia y control, la aplicación de las garantías y fundamentos propios del derecho penal es restrictiva, en tanto no caben figuras tales como el dolo o la culpa, la imputabilidad, favorabilidad y otras aplicables en 'materia penal'" (subraya fuera del texto).

Nótese que la regulación del mercado de la leche, adoptada mediante las resoluciones 331 y 337 de 2005 del MADR, es desarrollo de la política económica aplicable a ese mercado. Efectivamente, en la parte considerativa de la Resolución 331 de 2005 el MADR señaló:

"Que el párrafo del artículo 1° del Decreto número 2513 del 21 de julio de 2005, facultó al Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural para establecer los criterios y la metodología para determinar la variación injustificada, entre el precio al cual el industrial vende leche y el precio pagado por este al productor, a efectos de que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda imponer las sanciones por violar el régimen de competencia vigente o a determinar precios inequitativos en los mercados de leche cruda;

Que 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;

Que 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).

Las normas de precios evidentemente 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. Por lo tanto en éste, que es un tema de intervención económica, no es aplicable el principio de favorabilidad.

- 6.3. Con respecto a la solicitud de "nulidad procesal" presentada el 5 de septiembre de 2008, en relación a que no se contó con los instrumentos y documentos necesarios para dar respuesta al informe motivado, vicio suficiente para revocar la Resolución 033918 del 8 de septiembre de 2008 y que, adicionalmente, no existe norma alguna que objete dicha solicitud de nulidad:

Para este Despacho, tal como lo prevé el Código Contencioso Administrativo, una solicitud de nulidad puede presentarse, estudiarse y decretarse en cualquier momento, así como también puede ser invocada por no garantía del derecho de defensa. Lo que no se acepta es que el recurrente oponga como una causal de nulidad procesal que "(...) no se contaron con los instrumentos y documentos necesarios para argumentar debidamente el alegato contra el informe motivado (...), las copias del expediente solicitadas el 27 de agosto, no obstante haber sido entregadas dentro del término legal por la Administración, no fueron entregadas cuando fueron requeridas, pues con base en ellas se iban a sustentar las réplicas contra el informe motivado" (subraya fuera del texto), entrega que se hizo dentro del término legal tal como los mismos recurrentes lo afirman, o que aleguen como causal de nulidad la no ampliación del plazo fijado para la presentación de los alegatos contra el informe motivado, argumentando que esto violó el derecho de defensa.

El recurrente alega:

"Manifiesta la Administración en la resolución aquí impugnada que nuestra solicitud de nulidad procesal presentada el pasado 5 de septiembre de 2008, fue presentada en forma extemporánea, pues fue presentada con posterioridad al vencimiento del traslado del informe motivado, y que por ende no ameritaba pronunciamiento alguno por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio" (subraya fuera del texto).

Afirmación que no corresponde a lo consignado en la resolución 033918 del 8 de septiembre de 2008; este Despacho afirmó:

"(...) sobre lo expresado por los apoderados de los investigados en los escritos presentados el 5 de septiembre de 2008, esto es, con posterioridad al vencimiento del traslado del informe motivado, es necesario advertir que las inconformidades allí consignadas y en las que pretenden fundamentar la denominada "solicitud de nulidad", aluden a circunstancias que bien habrían podido ser formuladas en el referido término de traslado y en acatamiento del procedimiento previsto para este tipo de trámites" (subraya fuera del texto).

"(...) para este Despacho resulta claro que se está haciendo uso de una denominación procesal -solicitud de nulidad-, para desconocer el plazo o la oportunidad que se tenía para plantear estos argumentos que en rigor, dada su extemporaneidad, no ameritarían pronunciamiento alguno" (subraya fuera del texto).

En otras palabras, no era a través de una supuesta solicitud de nulidad que se podía invocar la necesidad de que se expidieran unas copias del expediente o que se ampliara el plazo para presentar observaciones al informe motivado.

Sin embargo, en la Resolución 033918 se respondió la "solicitud de nulidad", en el sentido de que no se puede pretender una nulidad argumentando la negación de una prórroga o alegando un plazo como breve. Se aclaró también

que, en desarrollo de todo el trámite procesal, esta Entidad siempre garantizó el derecho de defensa y el debido proceso.

Está probado y soportado en el expediente que las copias solicitadas por los apoderados de los investigados se expidieron dentro de los plazos legales previstos. Además, el expediente siempre estuvo a disposición de los apoderados desde la expedición de la resolución de apertura de la investigación, de manera que pudieron ejercer en todo momento el derecho de defensa. Igualmente, se consideró que ocho (8) días calendario era un plazo razonable para presentar las observaciones al informe motivado. Lo anterior es evidencia plena del respeto al debido proceso y al derecho de defensa. En consecuencia, es inadmisibles la afirmación del Dr. Germán Marín Ruales en cuanto a que "(...) por oscuras razones que desconozco existe un ánimo o interés oculto en no otorgar las garantías procesales del Debido proceso (...)" (subraya fuera del texto).

Afirma el recurrente que "la nulidad procesal se presentó, pues no se contaron con los instrumentos y documentos necesarios para argumentar debidamente el alegato contra el informe motivado" (subraya fuera del texto). Carece de solidez el argumento porque, como se aseveró en el párrafo anterior, los apoderados de los investigados tuvieron acceso al expediente desde el momento mismo en que se notificó la apertura de la investigación, garantizándose en todas las etapas procesales el derecho de defensa. Si acaso ello ocurrió, no fue en modo alguno por razones atribuibles a esta Entidad, sino a los propios apoderados, quienes habiendo contado con la posibilidad de solicitar copias y acudir al expediente en cualquier momento de la investigación, sólo lo hicieron en el traslado del informe motivado.

- 6.4. Con respecto a que mal puede la Superintendencia afirmar que el término de caducidad de la conducta se cuenta a partir del 30 de septiembre de 2005, porque la acción que ocasionó la sanción fue realizada desde el 1 de septiembre de 2005 hasta el 30 de septiembre del mismo año:

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 de 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 septiembre 30 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 (...)"
(subraya fuera del texto).

En conclusión, en la presente investigación no ha operado el fenómeno de la caducidad administrativa, por cuanto la caducidad se cuenta a partir del día en que cesó la conducta investigada, esto es, a partir de octubre 1 de 2005.

- 6.5. Con respecto a que "la Administración abusó del poder sancionador que tiene e impuso sanciones desproporcionadas" porque i) la conducta fue cometida durante un solo mes y ii) la conducta no generó impacto sobre el sector lechero, los consumidores y el mercado en general:

¹ 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).

El recurrente afirma que *"NO se ha tenido en cuenta por la Superintendencia que, acorde con la investigación efectuada por la Administración, la supuesta compra de leche a precios inequitativos tuvo lugar en un solo mes (septiembre de 2005) y con una variación de precios de doce pesos (\$12), que es un valor mínimo que en la vida práctica no perjudica a los consumidores"* y, considerando que en septiembre de 2005 **LACTEOS DEL CESAR S.A.** contó con una participación en las compras de leche cruda a nivel nacional de 0,81%, esto *"evidencia que ella no [tenía] una participación de mercado que [pudiera] afectar el mercado en general"*.

Al respecto corresponde hacer las siguientes precisiones. Primero, el monto de la sanción es función del impacto económico de la conducta, entendido como el valor dejado de pagar por la empresa a los productores de leche cruda. La diferencia entre el precio promedio pagado en el mes en cuestión y el "mínimo precio equitativo" en ese mes, diferencia que en el presente caso es de \$12, nada dice de la dimensión de dicho impacto; éste depende de dicha diferencia y del volumen de leche cruda comprada por el procesador ese mes.

Segundo, la fórmula de la Resolución 337 de 2005 del MADR fijó un criterio para establecer si en un determinado mes se incurría en pago de precio inequitativo, de tal manera que el "factor de costo" (relación entre el "precio pagado al productor" y el "precio de venta del procesador") se encuentra indexado para el mes *i*. Según la norma, que estuvo vigente durante los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2005, un procesador podía pagar un precio inequitativo en uno o más meses. Así las cosas, que la *"compra de leche a precios inequitativos [haya tenido] lugar en un solo mes"*, desde luego incide en el monto de la sanción, pero de ninguna manera exime a los investigados de asumir la responsabilidad por la infracción cometida.

Finalmente, la Resolución 337 de 2005 del MADR estableció, en su artículo 1, la *"fórmula para calcular el precio inequitativo pagado al productor en las operaciones de compra de leche cruda"* (subraya fuera del texto). En ese sentido, en la tasación de la sanción se considera el impacto sobre el productor, del precio pagado, y no el efecto que esto tiene *"en la vida práctica"* sobre los consumidores; el efecto sobre el productor es suficiente para cuantificar el impacto económico de la conducta.

Este Despacho, reconociendo como lo señala el recurrente, que *"cada caso es distinto y que cada investigado es diferente y por lo tanto, la Administración debe estudiar a fondo cada investigado y determinar cuál sería un monto prudente de sanción"* de ninguna manera *"abusó del poder sancionador que tiene"* ni *"impuso sanciones desproporcionadas"* (subraya fuera del texto). Por el contrario, esta Superintendencia tasó la pena de acuerdo a las particularidades del caso y, en todo caso, dentro de los límites establecidos en el Decreto 2513 de 1992, artículo 4, numerales 15 y 16.

En síntesis, los argumentos presentados por el recurrente son infundados.

Por las razones expuestas, el Superintendente de Industria y Comercio

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Rechazar el recurso de reposición interpuesto por la Doctora María Helena Malagón Gómez, apoderada especial del señor **JAIME GÓMEZ JARAMILLO** contra la resolución No. 033918 del 8 de septiembre de 2008 proferida dentro del expediente No. 06-033219, por cuanto el mismo fue presentado de manera extemporánea.

ARTÍCULO SEGUNDO. Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en la resolución No. 033918 de 8 de septiembre de 2008.

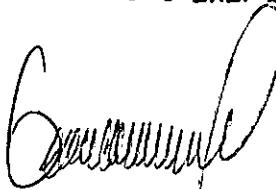
ARTÍCULO TERCERO. Notificar el contenido del presente acto administrativo al doctor **GERMÁN MARÍN RUALES**, en su calidad de apoderado especial de la sociedad **LÁCTEOS DE CESAR S.A.**, entregándole copia del mismo e informándole que contra este acto no procede recurso alguno por la vía gubernativa.

ARTÍCULO CUARTO. Notificar el contenido del presente acto administrativo a la doctora **MARÍA HELENA MALAGÓN GÓMEZ**, en su calidad de apoderado especial de **JAIME GÓMEZ JARAMILLO**, 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 No. 06 - 033219

NOTIFÍQUESE:

Doctor
GERMÁN MARÍN RUALES
Apoderado Especial
LÁCTEOS DE CESAR S.A.
Carrera 4 No. 72 - 35 Piso 4
Fax: 2118650
Bogotá

Doctora
MARÍA HELENA MALAGÓN GÓMEZ
Apoderada Especial
JAIME GÓMEZ JARAMILLO
Carrera 4 No. 72 - 35 Piso 4
Fax: 2118650
Bogotá