



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 40029
(05 AGO 2009)

Radicación No. 07-018678

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 15290 de 30 de marzo de 2009 se impuso a la empresa **DERIVADOS LÁCTEOS DEL NORTE Y COMPAÑÍA LIMITADA** (en adelante **LÁCTEOS DEL NORTE**), identificada con el NIT No. 800.243.613-1, una sanción pecuniaria por la suma de veinticuatro millones setecientos treinta y nueve mil pesos (\$24.739.000,00) y al señor **RUBÉN ANTONIO DEL RÍO LOPERA**, como representante legal de **LÁCTEOS DEL NORTE**, una sanción pecuniaria por la suma de tres millones seiscientos once mil pesos (\$3.711.000,00), por infringir 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 Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (en adelante MADR).

SEGUNDO. Que el acto administrativo citado en el considerando anterior fue notificado mediante edicto desfijado el 23 de abril de 2009. En consecuencia, el término para presentar recurso de reposición sobre ese acto venció el 30 de abril de 2008.

TERCERO. Que mediante escrito radicado con número 07-018678-062 de 30 de abril de 2009, el doctor Carlos Fernando Moreno García, en calidad de apoderado especial de **LÁCTEOS DEL NORTE** y del señor **RUBÉN ANTONIO DEL RÍO LOPERA**, presentó recurso de reposición con el objeto de que el Superintendente de Industria y Comercio:

"[...] se sirva reponer la referida Resolución [...] para en su lugar, declarar que la 'desviación' en el precio que pagó mi cliente durante los meses de abril y mayo de 2006 a sus proveedores de leche se encuentra sobradamente justificada y, por tanto, no puede tipificarse como pago de 'precio inequitativo' o, subsidiariamente, para que se reconsidere la imposición de multas atendiendo cumplidamente criterios de dosimetría sancionatoria [...].

[...]

PRINCIPAL: Declarar que **LACTEOS DEL NORTE** no incurrió en ninguna práctica restrictiva o abusiva y que el precio que pago [sic] a sus proveedores en abril y mayo de 2006 fue equitativo en relación a las circunstancias de mercado.

SUBSIDIARIA: Disminuir sensiblemente el monto de las multas impuestas".

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 07-018678

CUARTO: Que en relación con los argumentos presentados por el apoderado especial de **LÁCTEOS DEL NORTE** y del señor **RUBÉN ANTONIO DEL RÍO LOPERA**, la Superintendencia de Industria y Comercio procede a analizarlos como sigue:

4.1. "EL INFORME MOTIVADO' NO ES MEDIO DE PRUEBA IMPARCIAL PARA SANCIONAR"

El apoderado afirma:

"En el escrito de descargos fuimos reiterativos al solicitar que se efectuaran pericias para determinar si la supuesta 'desviación de precio' por leche cruda estaba justificada o no, prueba que no fue ordenada por su Despacho, por estimar que se suplía con el 'informe' de sus propios funcionarios. Al pronunciarnos sobre 'el informe' pluraludido, advertimos que en atención a sentencia de tutela la Corte Constitucional T-1034/06 [sic], el mismo, a juicio nuestro, no es un medio de prueba idóneo por no poderse asimilar a un dictamen pericial y por ostensible carencia de imparcialidad (téngase en cuenta que recomienda la imposición de sanciones)".

Y, tras citar en extenso la sentencia referida, asegura:

"Lo expuesto hasta acá y la pretermisión de otras pruebas, sirve de fundamento para solicitar la nulidad de lo actuado a intento de que se subsanen omisiones procesales que afectan el debido proceso".

Al respecto es necesario hacer las siguientes consideraciones:

El 25 de marzo de 2008, mediante Resolución 8505, se decretó abrir investigación a DERIVADOS LÁCTEOS DEL NORTE Y COMPAÑÍA LIMITADA y al señor RUBEN ANTONIO DEL RIO LOPERA, en su calidad de persona natural, con el fin de determinar si se había infringido 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 del MADR.

El 5 de septiembre de 2008, en el escrito de solicitud y aporte de pruebas radicado con número 07-018678-015, el doctor Carlos Fernando Moreno García, en su calidad de apoderado especial de los investigados, solicitó "[d]isponer que un perito se pronuncie sobre la ocurrencia del fenómeno de disminución del contenido de grasa barométrica". Igualmente solicitó "[o]rdenar la práctica de un dictamen pericial a la contabilidad de LACTEOS DEL NORTE, con el propósito de verificar como [sic] es verdad que durante la época que nos ocupa, i) los costes de transporte de leche cruda se incrementaron, incidiendo significativamente en el costo de producción; ii) el rendimiento en el procesamiento de leche cruda disminuyó con relación a la unidad de producto".

Mediante la Resolución 40014 de 22 de octubre de 2008 se decretaron las pruebas dentro de la investigación aceptándose, por solicitud de los investigados, designar "[...] un perito que se pronuncie sobre la ocurrencia del fenómeno de disminución del contenido de grasa barométrica [sic]". En el mismo acto se determinó rechazar "[...] la solicitud de realizar un dictamen pericial a la contabilidad de LACTEOS DEL NORTE para verificar el incremento de los costos de transporte de leche cruda y la disminución del rendimiento en el procesamiento de leche cruda en relación a la unidad de producto para el período investigado", por cuanto como se mencionó en la

2

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 07-018678

citada resolución, en concepto de esta Entidad los elementos que permiten verificar el incremento de los costos de transporte y la disminución del rendimiento en el procesamiento de leche cruda podían ser aportados, tanto en el desarrollo de la visita administrativa, como en el desarrollo de las pruebas testimoniales que fueron decretadas, sin necesidad de acudir a la prueba pericial y sin que ello implicara violación del debido proceso o del derecho de defensa de los investigados.

Frente a la sentencia T1034 de 2006 de la Corte Constitucional mencionada por el recurrente, "[...] en todo caso por su naturaleza la prueba pericial debe versar sobre materias técnico científicas o artísticas [...]" (subraya fuera del texto). Así, no se decretó la prueba mencionada por el recurrente por cuanto el aporte de los costos de transporte y la disminución del rendimiento en el procesamiento de la leche cruda (que no constituyen pruebas técnicas, científicas o artísticas que requieran un peritazgo) se solicitaron aportar en la visita administrativa y en los testimonios tomados en desarrollo de la misma. Las pruebas aportadas por los investigados en este sentido fueron evaluadas y tenidas en cuenta en la resolución de sanción objeto de recurso.

Ante la imposibilidad de obtener algunas pruebas solicitadas por los investigados y decretadas por esta Entidad en el acto de pruebas (testimonio de Víctor Octavio Vaena López y Mónica Janeth Palacios Pérez y un dictamen pericial sobre la disminución de grasa buritométrica), se evidencian en el expediente las múltiples actuaciones adelantadas por la Superintendencia en procura de su consecución (tres citaciones a cada testigo y averiguaciones sobre la posibilidad de emisión del dictamen por parte de Corpolec, el Instituto de Ciencia y Tecnología de Alimentos de la Universidad Nacional, Fedegan y Asoleche), lo cual permite concluir que no se afectó el derecho de defensa ni el debido proceso.

Por otra parte, la Superintendencia en la Resolución 15290 de 30 de marzo de 2009 consideró que **LÁCTEOS DEL NORTE** probó la disminución de la calidad de la leche cruda y el aumento en el valor del flete por litro en el periodo investigado. En consecuencia, determinó parcialmente justificadas las variaciones en el factor de costo de la investigada en abril y mayo de 2006 de conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la Resolución 021 de 2006 del MADR. En el expediente quedó probado que los investigados justificaron parte de la variación en el factor de costo, ya que los sobrecostos sustentados ascendieron a la suma de \$8.489.707 y el valor total dejado de pagar a los ganaderos en los meses de abril y mayo de 2006 correspondió a \$22.331.890, lo que configuró pago de precio inequitativo no desvirtuado ni justificado completamente por la defensa, por lo que es dable concluir que no pueda exonerarse de responsabilidad a **LÁCTEOS DEL NORTE**.

4.2. "LA DIFERENCIA ENTRE EL PRECIO PAGADO Y EL MÍNIMO QUE SUPUESTAMENTE DEBÍA PAGAR LÁCTEOS DEL NORTE CORRESPONDE A MONEDA EN DESUSO"

Según el recurrente, la diferencia de menos de veinte pesos entre el precio pagado por **LÁCTEOS DEL NORTE** y el precio mínimo que debería haber pagado por litro de leche "es insignificante al punto que corresponde a moneda que ya no tiene curso legal y que desde hace mucho tiempo es socialmente estimada como despreciable". Así, "rueg[a] oficiar al Banco de la República a fin de que se sirva informar como [sic] es verdad que ya no está acuñando moneda de veinte pesos, que la moneda de más baja denominación que se está acuñando es de cincuenta pesos".

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 07-018678

En ese sentido, solicita al Despacho *"admitir el argumento de que dejar de pagar menos de veinte pesos por litro de leche cruda, no debe tipificarse como una desviación ilícita de un supuesto 'precio inequitativo', sino como el efecto de una innegable realidad monetaria"*.

Al respecto este despacho debe insistir en que el análisis *ex post* de las cifras de compra de leche cruda y venta de productos lácteos permite calcular con exactitud el "mínimo precio equitativo" que debió pagar la investigada, pero de ninguna manera el reproche consiste en que **LÁCTEOS DEL NORTE** no haya pagado exactamente el "mínimo precio equitativo". Según la norma, basta con que, en promedio, la empresa pague un precio mayor al mínimo para no incurrir en pago de precio inequitativo.

Adicionalmente, considerando que la norma define los precios como un promedio ponderado mensual, y no toma en cuenta el precio de cada transacción con cada ganadero, no tiene sentido alegar que la diferencia de menos de veinte pesos entre el precio pagado por **LÁCTEOS DEL NORTE** y el precio mínimo que debería haber pagado por litro de leche es *"insignificante"* porque *"corresponde a moneda que ya no tiene curso legal"*. Contrario a lo afirmado por el apoderado, existe la posibilidad monetaria de pagar un precio equitativo, no necesariamente igual al "mínimo", si se entiende que según la Resolución 021 de 2006 del MADR el precio corresponde al promedio de numerosas transacciones. La conclusión del análisis realizado por este despacho es que, en promedio, en abril de 2006 la empresa pagó \$19,44 por litro de leche cruda menos de lo que debió pagar para no incurrir en pago de precio inequitativo, en concordancia con el artículo 4 de la Resolución 021 de 2006 del MADR; en mayo de ese año pagó, en promedio, \$11,40 por litro menos.

Teniendo en cuenta el volumen de leche cruda comprado por la investigada esos meses (712.097 y 744.916 litros en abril y mayo respectivamente), y haciendo abstracción de las posibles justificaciones según el artículo 8 de la norma, **LÁCTEOS DEL NORTE** "dejó de pagar" a los ganaderos \$13.842.182,31 y \$8.489.707,32 en abril y mayo de 2006, respectivamente¹.

En conclusión, este Despacho considera técnicamente equivocado el análisis que el apoderado realiza sobre este punto.

4.3. "LA CONDUCTA ENDILGADA A LÁCTEOS DEL NORTE Y, POR EXTENSIÓN, A SU REPRESENTANTE LEGAL, QUEDÓ JUSTIFICADA EN EL PROCESO"

Según el apoderado, la conducta imputada a los investigados quedó justificada así:

"En el informe, cuyas imputaciones de responsabilidad no compartimos, quedó consignado que para los meses de abril y mayo de 2006, efectivamente los costos de operación y producción de mi poderdante se incrementaron por defecto en la calidad de la leche y aumento de costos de transporte. Pero se omitió precisar si costos tales como los de bodegaje, producción y promoción o mercadeo, se incrementaron; esto a pesar de que en las declaraciones o testimonios se da noticia al respecto, nótese como [sic] el representante legal de la sociedad investigada y la señora CLAUDIA MARÍA

¹ El valor "dejado de pagar" a los ganaderos se calcula asumiendo constante el precio de venta de los productos terminados.

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 07-018678

RESTREPO RUÍZ, coinciden en afirmar que sumado a lo anterior por la 'enlechada', la compañía 'tuvo que hacer promociones que no se ven registradas en los informes de venta'.

Siguiendo esta línea, consideramos que de una operación aritmética que por no incluir todos los factores (costos o gastos) a restar para obtener un resultado consolidado de las utilidades finales de LÁCTEOS DEL NORTE en los meses de abril y mayo de 2006, según la cual le quedó una utilidad de algunos pesos, no puede colegirse que las justificaciones son válidas pero insuficientes, entre otras cosas, porque la ley establece que no se está incurso cuando el pago de un precio inferior al estimado como equitativo encuentre justificación en aumento de costos o gastos.

Así pues, sí [sic] en el informe se afirma que las justificaciones son ciertas, que fueron verificados los hechos que le sirven de sustento, no puede sancionarse".

Al respecto es necesario precisar al recurrente que 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" (subraya fuera del texto).

La Resolución 021 de 2006 el MADR determinó los criterios a que hace referencia el citado parágrafo, como se observa en el texto del artículo 1:

"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, en desarrollo de lo dispuesto por el parágrafo del artículo 1 del Decreto 2513 de 2005".

En el artículo 4 el MADR definió la "fórmula para calcular el precio inequitativo de la leche cruda" y en el artículo 8 señaló la posibilidad de "variaciones admisibles en el factor de costo", en los siguientes términos:

"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.

En ese sentido, el juicio de responsabilidad de un comprador de leche no se agota con la aplicación de la fórmula establecida en el artículo 4 de la resolución, ya que según el artículo 8 es posible que la variación en la relación de precios tenga el carácter de admisible.

Ahora bien, una vez determinada la variación en el factor de costo a partir de la

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 07-018678

aplicación del artículo 4, este Despacho valora los "elementos que puedan modificar de manera admisible el margen de rentabilidad del comprador", de acuerdo con la explicación y sustentación que de estos haga el investigado. En otras palabras, la evaluación o valoración de los elementos que puedan probar la admisibilidad de la variación en el factor de costo depende de las justificaciones que el investigado ofrezca en los términos del artículo 8.

Así las cosas, la carga de explicar y sustentar dichos elementos no le corresponde a este Despacho, sino al investigado, y como tal no se aportó ninguna otra prueba que demostrara, con los correspondientes soportes contables, los incrementos al factor de costo, diferentes a los tenidos en cuenta por esta Entidad y que obran en el expediente.

4.4. "APLICACIÓN DE CRITERIOS DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA"

El apoderado afirma que:

"En la Resolución recurrida se invoca al Consejo de estado para defender la decisión de sancionar, bajo la premisa de que más allá de la validez de las justificaciones de LÁCTEOS DEL NORTE, el señor Superintendente tiene en cuenta que 'obtuvo utilidades' (valga reiterar, muy sobreestimadas por sus funcionarios-informantes) y eso le basta para imponer multas, que, además superan las mal calculadas utilidades.

Rogamos revisar el tal [sic] criterio. Que una empresa obtenga utilidades no puede tipificarse de plano como infracción a una norma, que expresamente señala como excepción a su aplicación, el que medie [sic] justificaciones. La responsabilidad objetiva está proscrita en materia sancionatoria".

Es necesario señalar, al respecto, que la resolución de sanción expedida por este Despacho el 30 de marzo de 2009 con número 15290 es clara en cuanto a la conducta probada en el expediente, es decir, al pago de precio inequitativo en los meses de abril y mayo de 2006 en contravención a 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 del MADR, y la sanción impuesta es por violación de tales normas y no, como afirma el recurrente, porque la empresa LÁCTEOS DEL NORTE hubiera dado utilidades en el año 2006. En consecuencia, carece de fundamento la afirmación del apoderado.

4.5. "NO SE HAN TENIDO EN CUENTA TODOS LOS FACTORES DE COSTO DE PRODUCCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE LÁCTEOS DEL NORTE DURANTE LOS MESES DE ABRIL, MAYO Y SUBSIGUIENTES DE 2006"

En palabras del apoderado:

"Como ya indicamos y se señaló en el trámite de la investigación, las utilidades de LACTEOS DEL NORTE no dependen única y exclusivamente del precio de la leche y el costo de transporte. Para procesar la leche tiene que pagar trabajadores, servicios públicos, insumos, etc., de una parte y de otra, para vender productos excedentarios o que exceden su producción promedio, como todo comerciante, tiene que invertir en promoción y mercadeo, pues, por principio elemental de economía, si hay sobre oferta de un producto, debe incentivarse el consumo con menor precio o con promociones tales como: pague 1 y lleve 2, pague 2 y lleve tres, pague una libra y lleve media libra, compre un queso de libra y lleve una bolsa de leche, LACTEOS DEL NORTE obsequia leche y queso para obras de asistencia o solidaridad social..."

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 07-018678

Valga acotar que estamos pidiendo que se tenga en cuenta lo que invirtió LACTEOS DEL NORTE en los meses siguientes a mayo de 2006, específicamente junio y julio, porque parte de la venta de productos durante esos meses, corresponde a leche comprada en abril y mayo de 2006 (estaba 'enlechada' y 'embodegada')".

Tal como se mencionó en el numeral 4.3 de la presente resolución, de acuerdo con el artículo 8 de la Resolución 021 de 2006 del MADR, la explicación y sustentación de las justificaciones corresponde hacerlas al investigado. Este Despacho tuvo en cuenta en la resolución de sanción las explicaciones y sustentaciones que se presentaron y anexaron al expediente como justificaciones de la conducta endilgada.

4.6. "DESPROPORCIÓN ENTRE LAS MULTAS Y LA PRESUNTA INFRACCIÓN"

El recurrente alega, citando el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, que las sanciones impuestas a **LÁCTEOS DEL NORTE** y a su representante legal "resultan desproporcionadas y contrarias a la advertencia legal" y señala que "de persistirse en la tesis de que se cometió infracción, con que el Despacho aplique la mínima sanción se alcanza el fin normativo o legal, **LÁCTEOS DEL NORTE** va a tener muy presente que en abril y mayo de 2006, incumplió unas reglas que apenas se estaban estrenando en dicho año (la Resolución 021, es de 2006)".

Y finaliza:

"La fuente jurídica que lo faculta para imponer multas señor Superintendente no le señala un mínimo, sí un máximo (imponer multas hasta...), por tanto apelamos a su condescendencia para que se sirva disminuir sensiblemente las tasadas en la Resolución recurrida, aunque lo verdaderamente deseable es que tenga por justificada la conducta investigada".

Es necesario precisar al recurrente que 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 que fueron presentadas a esta Entidad. Por lo anterior, este Despacho no considera fundado el argumento de la desproporcionalidad de la sanción impuesta a **LÁCTEOS DEL NORTE** y a su representante legal.

4.7. Pruebas solicitadas

El recurrente solicita decretar un "[d]ictamen pericial o, subsidiariamente, la complementación del 'informe' de los funcionarios 'instructores y calificadores', que abarque íntegramente los costos en que incurrió **LÁCTEOS DEL NORTE** para adquirir leche en abril y mayo de 2006 y, particularmente, para almacenarla, procesarla y venderla". Arguye que dicha prueba "fue solicitada en el escrito inicial de defensa y no fue decretada".

El artículo 56 del Código Contencioso Administrativo señala, con respecto a la oportunidad de aporte de pruebas en los recursos, que "[l]os recursos de reposición y de apelación siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponer este último se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio" (subraya fuera del texto).

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 07-018678

Como se mencionó en el numeral 4.1 de la presente resolución, en el acto que decretó las pruebas esta Entidad hizo claridad en el sentido en que los elementos que permitieran verificar el incremento de los costos de transporte y la disminución del rendimiento en el procesamiento de leche cruda podían ser aportados, tanto en el desarrollo de la visita administrativa, como en el desarrollo de las pruebas testimoniales que fueron decretadas, sin necesidad de acudir a la prueba pericial, y que ello no implicó la violación del debido proceso o del derecho de defensa de los investigados.

Por las razones expuestas, el Superintendente de Industria y Comercio:

RESUELVE

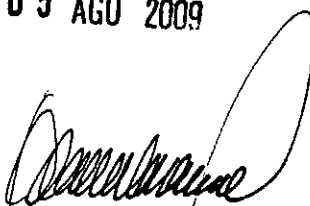
ARTÍCULO PRIMERO. Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en la Resolución 15290 de 30 de marzo de 2009.

ARTÍCULO SEGUNDO. Notificar el contenido del presente acto administrativo al doctor **CARLOS FERNANDO MORENO GARCÍA**, en su calidad de apoderado especial de la empresa **DERIVADOS LÁCTEOS DEL NORTE Y COMPAÑÍA LIMITADA** y del señor **RUBÉN ANTONIO DEL RÍO LOPERA**, 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 **05** AGO 2009

El Superintendente de Industria y Comercio,


GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

Radicación No. 07-018678

NOTIFÍQUESE:

Doctor
CARLOS FERNANDO MORENO GARCÍA
Apoderado Especial de
DERIVADOS LÁCTEOS DEL NORTE Y COMPAÑÍA LIMITADA y
RUBÉN ANTONIO DEL RÍO LOPERA
Carrera 10 No. 24 - 76, Oficina 205
Teléfono: (1) 3524805
Fax: (1) 5606854
Bogotá