

INFORME MOTIVADO

Radicación No. 11-92744

Referencia: Investigación por Prácticas Comerciales Restrictivas.

Conducta: Artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Investigados:

i) **Personas Jurídicas:** MOLINOS ROA S.A., MOLINO FLOR HUILA S.A. y ALIENERGY S.A

ii) **Personas Naturales:** ANÍBAL ROA VILLAMIL, en su calidad de Presidente y Representante Legal de MOLINOS ROA S.A., y MOLINO FLOR HUILA S.A., HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, en su calidad de Gerente General y Representante Legal de MOLINOS ROA S.A., y MOLINO FLOR HUILA S.A., JAIRO ANTONIO ECHAVARRÍA BUSTAMANTE, en su calidad de Gerente General para el año 2009 de ALIENERGY S.A. y la señora MARIA ISABEL LASSO HOYOS, en su calidad de actual Gerente General de ALIENERGY S.A.

En cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 9, del Decreto 4886 de 2011, en materia de investigaciones adelantadas por prácticas comerciales restrictivas, una vez instruida la investigación, se presenta al Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción a las normas sobre protección de la competencia.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, de dicho informe se correrá traslado por 20 días hábiles al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite.

Para los anteriores efectos, se presenta informe motivado sobre la investigación por prácticas comerciales restrictivas iniciada mediante Resolución No. 56629 del 18 de octubre de 2011, en contra de las sociedades comerciales y personas naturales anteriormente señaladas.

1. INICIO DE LA ACTUACIÓN

1.1. De Oficio

En las actuaciones desarrolladas dentro del expediente 09-140476 (Correspondiente a una averiguación preliminar iniciada por presuntos condicionamientos a la compra del *arroz paddy verde* mediante la financiación, concesión de anticipos o venta de insumos, archivada mediante Resolución No. 765588 del 26 de diciembre de 2011), entre otras pruebas, el Despacho ordenó visita administrativa a las instalaciones de MOLINOS ROA S.A., en adelante ROA, y MOLINO FLOR HUILA S.A., en adelante FLOR HUILA, el día 2 de junio de 2010. En la práctica de dicha visita administrativa el Despacho tomó el testimonio al señor Hernando Rodríguez Rodríguez, quien ostenta la Gerencia y Representación Legal de las sociedades ROA y FLOR HUILA.

En la diligencia de testimonio, el señor Rodríguez manifestó:

"PREGUNTA: *¿Explique al despacho el objeto de la reunión de su agenda personal del 31 de mayo de 2010?*

RESPUESTA: Molino Roa y Flor Huila tienen un derecho accionario del 52% en la empresa Alienergy, empresa recién fundada con el objeto social de comercialización y transformación de biomásas residuales convirtiéndolas en combustibles y cementantes con el fin de dar un manejo ambiental a varios sectores, cumpliendo con los requisitos del protocolo de Kyoto y tratar de adquirir bonos de CO2. Hicimos un planteamiento con el doctor Jairo Echavarría Bustamante, persona que en Colombia viene liderando este tema ambiental y el cual sus empresas de familia son accionistas del 48% de Alienergy. Llegamos a la conclusión de buscar la viabilidad de un negocio no solo con arroz Diana sino con los colegas arroceros, primero en comprarles toda la cascarilla de arroz producida por ellos y a la vez, si en un futuro es posible venderle participación accionaria de la empresa, si ellos desearían comprarla. En ese momento fui solo a la reunión con el señor Jaime Adolfo Murra Pardo y poder concertar una cita con el Dr. Echavarría allá mismo para el día de hoy a las 8 y media de la mañana y exponerle al Dr. Murra todos los aspectos técnicos, económicos y de futuro que puede tener la empresa Alienergy comercializando y tratando biomásas” (Negrilla fuera de texto).

1.1.1. Requerimientos de información:

Teniendo en cuenta lo señalado por el señor Hernando Rodríguez Rodríguez, en testimonio rendido el 2 de junio de 2010, se procedió a realizar los siguientes requerimientos de información.

- a) Requerimiento de información efectuado a la sociedad ALIENERGY S.A. el día 25 de julio de 2011, radicado con No. 11-92744-0².
- b) Requerimiento de información efectuado a la sociedad MOLINOS ROA S.A. el día 26 de julio de 2011, radicado con No. 11-92744-1³.
- c) Requerimiento de información efectuado a la sociedad MOLINOS FLOR HUILA S.A. el día 26 de julio de 2011, radicado con No. 11-92744-2⁴.
- d) Requerimiento de información efectuado a la sociedad DIANA CORPORACIÓN S.A. el día 18 de agosto de 2011, radicado con No. 11-92744-6⁵.
- e) Requerimiento de información efectuado a la sociedad INVERSIONES ARROZ CARIBE S.A. el día 18 de agosto de 2011, radicado con No. 11-92744-7⁶.
- f) Requerimiento de información efectuado a la sociedad PROCESADORA DE ARROZ S.A. el día 18 de agosto de 2011, radicado con No. 11-92744-8⁷.

¹Cuaderno Reservado 6, folio 1063 del Expediente 11-92744.

² Expediente No. 11-92744, Cuaderno Público No.1, folios 1 al 3.

³ Expediente No. 11-92744, Cuaderno Público No.1, folios 4 y 5.

⁴ Expediente No. 11-92744, Cuaderno Público No.1, folios 6 y 7.

⁵ Expediente No. 11-92744, Cuaderno Público No.1, folios 156 a 159.

⁶ Expediente No. 11-92744, Cuaderno Público No.1, folios 160 y 161.

⁷ Expediente No. 11-92744, Cuaderno Público No.1, folios 164 y 165.

- g) Requerimiento de información efectuado a la sociedad INDUSTRIA PRODUCTORA DE ARROZ el día 18 de agosto de 2011, radicado con No. 11-92744-9⁸.
- h) Requerimiento de información efectuado a la sociedad SOCIEDAD ARROCERA BOLUGA LIMITADA el día 18 de agosto de 2011, radicado con No. 11-92744-10⁹.
- i) Requerimiento de información efectuado a la sociedad AGROINDUSTRIAL MOLINO SONORA A.P. S.A. el día 18 de agosto de 2011, radicado con No. 11-92744-11¹⁰.
- j) Requerimiento de información efectuado a la sociedad UNIÓN DE ARROCEROS S.A. el día 18 de agosto de 2011, radicado con No. 11-92744-12¹¹.
- k) Requerimiento de información efectuado a la sociedad ARROCERA LA ESMERALDA el día 18 de agosto de 2011, radicado con No. 11-92744-13¹².

1.2. Averiguación Preliminar

Mediante memorando radicado con el número 11-92744-14-0 del 22 de agosto¹³ de 2011, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia solicitó iniciar la averiguación preliminar, y en consecuencia, establecer si existía evidencia que determinara la necesidad de iniciar una investigación por la presunta inobservancia de lo establecido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

1.2.1. Pruebas recaudadas en la averiguación preliminar

1.2.1.1. Traslado de documentos de otro expediente

Mediante oficio de fecha 8 de septiembre de 2011 se traslado con destino al expediente 11-92744 copia atenta de los folios 3136 a 3147 del cuaderno público 23 y folios 5382 a 5433, 5509 y 5510 del cuaderno público 42 pertenecientes al mencionado expediente 09-140476.

1.3 Conclusión de la etapa de averiguación preliminar

Surtido el análisis de los elementos de juicio recaudados, esta Delegatura –de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992– consideró que existía mérito suficiente para abrir una investigación administrativa por presunta infracción al artículo 4º de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9º de la Ley 1340 de 2009. La integración estaría referida en este caso a la adquisición de control accionario, por la cual, ROA adquirió el 34% y FLOR HUILA adquirió el 18%, de las acciones de la sociedad ALIENERGY. Las sociedades MOLINOS ROA S.A., MOLINO FLOR HUILA S.A. y ALIENERGY

⁸ Expediente No. 11-92744, Cuaderno Público No.1, folios 162 y 163.

⁹ Expediente No. 11-92744, Cuaderno Público No.1, folios 166 y 167.

¹⁰ Expediente No. 11-92744, Cuaderno Público No.1, folios 168 y 169.

¹¹ Expediente No. 11-92744, Cuaderno Público No.1, folios 170 y 171.

¹² Expediente No. 11-92744, Cuaderno Público No.1, folios 170 y 171.

¹³ Expediente No. 11-92744, Cuaderno Público No.1, folio 174.

S.A, presuntamente habrían realizado esta operación de integración jurídico-económica sin informar previamente a esta Entidad.

2. INVESTIGACIÓN

2.1. Resolución de Apertura

Mediante Resolución No. 56629 del 18 de agosto de 2011¹⁴ la Delegatura de Protección de la Competencia ordenó abrir investigación para determinar si las empresas MOLINOS ROA S.A., MOLINO FLOR HUILA S.A. y ALIENERGY S.A., actuaron en contravención de lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley 1340 de 2009.

De igual manera, se ordenó abrir investigación a los señores ANÍBAL ROA VILLAMIL Presidente y Representante Legal de MOLINOS ROA S.A., y MOLINO FLOR HUILA S.A.; HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ Gerente General y Representante Legal de MOLINOS ROA S.A., y MOLINO FLOR HUILA S.A.; JAIRO ANTONIO ECHAVARRÍA BUSTAMANTE Gerente General para el año 2009 de ALIENERGY S.A. y la señora MARIA ISABEL LASSO HOYOS, Gerente General actual de ALIENERGY S.A., para determinar si estas personas incurrieron en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber autorizado, ejecutado o tolerado la conducta de que trata el artículo primero de la presente resolución.

La apertura de investigación fundamentó las imputaciones jurídicas anteriormente señaladas en los siguientes hechos:

A. Verificación de los supuestos para informar la operación de integración.

La operación se realizó por medio de la adquisición de control accionario, MOLINOS ROA S.A adquirió el 34% y MOLINO FLOR HUILA S.A adquirió el 18%, de las acciones de la sociedad ALIENERGY S.A.

De conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, el deber de informar recae sobre las empresas que cumplan los supuestos i) subjetivo, ii) objetivo y iii) cronológico, a saber:

i.) El supuesto subjetivo

Atendiendo a los objetos sociales de las compañías MOLINOS ROA S.A., MOLINO FLOR HUILA S.A y ALIENERGY S.A, sociedades involucradas en la operación de integración, se tiene que:

1) MOLINOS ROA S.A y MOLINO FLOR HUILA S.A pertenecen a la misma actividad agropecuaria, referida en este caso a la compra, procesamiento y venta de arroz.

2) ALIENERGY S.A. está dentro de la misma cadena de valor -industria arrocer- dado que es una empresa dedicada al aprovechamiento industrial de las biomásas, entre ellas, la denominada *cascarilla de arroz*, subproducto del proceso industrial de la actividad molinera, y definida como insumo para la generación de energías alternativas. Configurándose de esta manera una integración de carácter vertical.

¹⁴ Expediente No. 11-92744, Cuaderno Público No.1, folios 1134 a 1149

ii.) El supuesto objetivo

El valor de los activos totales y de los ingresos operacionales reportados por las empresas MOLINOS ROA S.A y MOLINO FLOR HUILA S.A tanto de forma individual como en conjunto, es superior a los 150.000 SMMLV vigentes para el año 2009.

Tabla 1: Activos totales e ingresos operacionales de las empresas que adquirieron el 52% de ALIENERGY S.A

SOCIEDAD	% PARTICIPACION AL COMPRAR ACCIONES DE ALIENERGY	ACTIVOS TOTALES 2009	VENTAS NETAS DE ARROZ TRILLADO/INGRESOS OPERACIONALES 2009
MOLINOS ROA S.A.	34%	\$ 432.987.399.035,83	\$ 504.687.234.658,95
MOLINOS FLORHUILA S.A.	18%	\$ 227.681.817.920,74	\$ 278.612.806.577,00
TOTALES		\$ 660.669.216.956,57	\$ 783.300.041.235,95

Fuente: Información aportada por ROA y FLOR HUILA. Elaboración: SIC

iii.) El supuesto cronológico

La adquisición de control por parte de MOLINOS ROA S.A y MOLINO FLOR HUILA S.A fue realizada el 22 de diciembre de 2009 y posteriormente inscrita en el libro de registro de accionistas en el año 2010. A pesar de que las empresas involucradas en la operación de integración cumplían con los supuestos para informar, dicha operación no fue sometida a los procedimientos de notificación o información, conforme con lo previsto en los artículos 9 y 10 de la Ley 1340 de 2009.

B. Participación en el mercado

Se pudo establecer de forma preliminar que ROA y FLOR HUILA, poseen más del 20% del mercado nacional de producción de *cascarilla de arroz*, subproducto del proceso de trilla de arroz desarrollado, en general por todos los molinos y en específico, por las empresas señaladas.

Dicha participación en el mercado de la cascarilla de arroz, se calculó a partir de:

- i) El factor de conversión arroz paddy verde - cascarilla de arroz para todos los agentes compradores de paddy verde registrados ante el Fondo Nacional Arroceros y,
- ii) Las ventas de cascarilla reportadas por los molinos más representativos de la industria arroceros.

Los anteriores aspectos indicarían que por medio de la adquisición del 52% de las acciones de la sociedad ALIENERGY por parte de ROA y FLOR HUILA, presuntamente, se configuró una operación de integración económica de carácter vertical con la finalidad de desarrollar el aprovechamiento industrial de la *cascarilla de arroz*, subproducto del proceso de trilla desarrollado por ROA y FLOR HUILA. Por lo anterior, la adquisición de estas acciones cumple con los supuestos subjetivo, objetivo y cronológico establecidos para la aplicación del deber de información previa previsto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la ley 1340 de 2009, y de la Resolución 69901 de 31 de Diciembre de 2009 emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio, razón por la cual, ALIENERGY, ROA y FLOR HUILA habrían estado en la obligación de informar con anterioridad a esta Entidad la operación realizada, obligación que no se cumplió.

2.2. Argumentos del apoderado de los investigados

"1. La Resolución 56629 de 2011 es contraria a los principios de economía, celeridad y eficacia que orientan las actuaciones administrativas, y viola el numeral 5 del artículo 8 del Decreto 3523 de 2009, por no presentarse, en los hechos objeto de investigación, los supuestos del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por la Ley 1340 de 2009. El artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por la Ley 1340 de 2009, establece lo siguiente: (...)

(...)

"En el caso que nos ocupa, mediante la Resolución 56629 de 2011, la SIC abrió investigación porque las empresas investigadas presuntamente llevaron a cabo una "integración" de aquellas descritas en este artículo, sin haber informado previamente a la SIC. Al obrar en tal sentido la SIC omitió considerar que al momento de producirse la adquisición de acciones que sirve de base para considerar que existe integración, ni con anterioridad a la misma, las empresas participantes en la operación no se encontraban en ninguno de los supuestos esenciales para que la misma debiera ser puesta en conocimiento de la SIC, pues ni se dedicaban a la misma actividad económica, ni hacían parte de la misma cadena de valor. En efecto, Alienergy S.A., no se dedicaba a la misma actividad de los molinos de arroz (Roa y Florhuila), ni participaba en la misma cadena de valor, en tanto no adelantaba actividades relacionadas con la explotación de cascarilla de arroz.

"A continuación se exponen las razones mencionadas con mayor detalle.

a.) La adquisición de acciones de Alienergy por parte de Molinos Florhuila y Molinos Roa se produjo el 22 de diciembre de 2009

"Como consta en los documentos que se acompañan, el negocio de la adquisición de las acciones de Alienergy por parte de Roa y Florhuila se perfeccionó el día 22 de diciembre de 2009. La fecha de celebración del negocio mencionado consta en las actas de la junta directiva y de la Asamblea de accionistas de Alienergy correspondientes a las reuniones efectuadas en los primeros días del mes de diciembre de 2009, en donde los órganos decisorios de dicha empresa autorizaron la emisión, el ofrecimiento y la venta de acciones a favor de los molinos Roa y Florhuila.

"Posteriormente, el día 22 de diciembre de 2009, Roa y Florhuila aceptaron, por escrito, la oferta de venta de las acciones de Alienergy S.A., y acreditaron el pago parcial de las mismas. En efecto, en las comunicaciones mencionadas, las empresas manifestaron lo siguiente:

"Por medio de la presente nos permitimos informarles que el Molino Florhuila S.A., acepta la oferta de suscripción de las acciones fechada el 18 de diciembre de 2009, en los términos y condiciones allí establecidas.

"Como consecuencia de lo anterior, estamos adjuntando a esta aceptación los documentos que a continuación se relacionan, con los cuales se acredita el pago de la tercera parte del valor total de la suscripción que aquí aceptamos, e los términos definidos en la oferta arriba mencionada: (...)

"Lo anterior quiere decir que el acuerdo sobre la venta de las acciones, e incluso su pago parcial, se produjo el día 22 de diciembre de 2009, fecha en la cual Alienergy no hacía parte de ningún negocio relacionado con la comercialización o transformación de arroz, ni su cascarilla. Cabe recordar que de conformidad con el artículo 406 del Código de Comercio, "la enajenación de las acciones nominativas podrá hacerse por el simple acuerdo de las partes (...)". Esto quiere decir que el contrato de compraventa de acciones es consensual, y que en el presente caso quedo perfeccionado el día 22 de diciembre de 2009.

"La situación anterior no solo consta en las actas de la junta y de la asamblea de accionistas de Alienergy y en las cartas de aceptación de molinos Roa y Florhuila, sino que también fue plasmada en el informe de gestión de Alienergy

correspondiente al año 2009, documento que obra en el expediente, que invoco como prueba de esta solicitud de revocatoria que y fue citado por la propia SIC en la Resolución 56629 de 2011. En dicho informe se indico:

“Al finalizar 2009 se realiza el cierre de la negociación de la venta de acciones de Alienergy S.A. a Molinos Roa S.A. y Molino Flor Huila S.A. por un valor de 5 mil millones de pesos, cuya tercera parte fue un pago en efectivo de 1.500 millones de pesos en el mes de diciembre y 150 millones de pesos en cascarilla en el mes de enero de 2010. El saldo será pagado en facturas de cascarilla de arroz una vez comience la operación.”

“Lo anterior permite concluir, de cara a evaluar los supuestos del artículo 4 de la ley 155 de 1959, que los mismos no se presentaban el 22 de diciembre de 2009, fecha para la cual, como se pasa a demostrar, Alienergy no participaba en ninguna cadena de valor relativa a la cascarilla de arroz.

a) *Antes de la venta de acciones a los molinos Roa y Florhuila, Alienergy No participaba en ninguna cadena relacionada con la cascarilla de arroz.*

“La cadena de valor fue definida por la SIC en la Resolución 56629 de 2011, en los siguientes términos:

(...)

“La SIC presupone que al momento en que se produjo la compraventa de acciones entre dichas sociedades, Alienergy era “una empresa dedicada al aprovechamiento industrial de la biomasa denominada cascarilla de arroz”. Esta conclusión, carece de fundamento, pues fue solo con posterioridad a la integración mencionada que Alienergy inició negocios comerciales relacionados con la cascarilla de arroz.

“En efecto, Alienergy S.A. fue constituida en el año 2009, tal como consta en su certificado de existencia y representación legal. Adicionalmente, como obra en el expediente (cuadernos reservados 1 y 2), Alienergy no compró cascarilla de arroz durante la totalidad del año 2009, y consecuentemente no participó en ninguna cadena de valor de la cual también hicieran parte Roa y Florhuila. En efecto, a folio 81 del cuaderno reservado No.1 de la presente investigación se observa con claridad que la primera compra de cascarilla de arroz por parte de Alienergy se produjo el 4 de abril de 2010, vale decir cuatro meses después de la compra de acciones que da lugar a la integración, que fue cuando empezó a ejecutarse el contrato de suministro celebrado entre dicha sociedad y Roa y Florhuila el 2 de abril de 2010. En el texto de dicho contrato se acordó lo siguiente:

“Cantidades, características y entrega: (...)”

“La situación anterior también se encuentra plasmada en los informes de gestión de Alienergy presentados por el representante legal, correspondientes a los años 2009 y 2010, los cuales obran en el expediente de esa investigación abierto por la SIC, y que también invoco como prueba y sustento de esta solicitud de revocatoria directa. En dichos informes de gestión, está probado con claridad meridiana que Alienergy S.A. no adelantó negocio alguno relacionado con la comercialización de la cascarilla de arroz ni antes ni para el momento de la integración (22 de diciembre de 2009), como se muestra en los siguientes apartes:

“Informe de gestión sobre el 2009

“Se espera antes de la mitad de 2010, iniciar la operación de comercialización de cascarilla de arroz, en alianza con la compañía Enmiendas Salamanca S.A., cuyas acciones serán compradas por Alienergy en un 55%. El inicio de esta operación será la base de crecimiento y proyección de Alienergy S.A. (...)

“Los ingresos presentados por Alienergy S.A. en el 2009 se representan principalmente en la venta de los estudios de los subproductos de Brinsa por 475

millones de pesos y en los trabajos de investigación realizados para la compañía Minera Tayrona S.A. que alcanzaron los 50 millones de pesos.

"Debido a que Alienergy S.A. no presenta aun ingresos por alguna actividad comercial específica, todos los costos relacionados con los proyectos y los gastos administrativos se cargan al diferido, con el fin de no representar altas pérdidas. Con los ingresos recibidos y descritos en el párrafo anterior, los costos diferidos fueron llevados al gasto, generando una utilidad al cierre del ejercicio de 27 millones de pesos. (...)" (subrayados por fuera de texto)

"Informe de gestión sobre el 2010"

"Los ingresos en el 2010, provienen casi en su totalidad de la comercialización de la cascarilla de arroz, producto obtenido mediante el contrato suscrito entre la sociedad con Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A. Las ventas superaron las 1.200 millones de pesos entre abril y diciembre de 2010, con un costo de ventas equivalente al 71% de los ingresos. Los gastos administrativos alcanzaron el 25% de los ingresos, generando una utilidad operacional de 33 millones equivalentes al 2,6% de los ingresos (...)"

"Como se observa, en el 2009, año en que se produjo la integración vía la compra de acciones de Alienergy, los únicos ingresos que recibió Alienergy provinieron "en la venta de los estudios de los subproductos de Brinsa por 475 millones de pesos y en los trabajos de investigación realizados para la compañía Minera Tayrona S.A." Ello, por simple sustracción de materia, indica que en dicho año Alienergy no participó en ningún negocio relacionado con la cascarilla de arroz, lo cual se corrobora en el informe correspondiente al año 2010, donde se da cuenta del inicio de las actividades relacionadas con la cascarilla de arroz a partir del mes de abril de 2010, a raíz del contrato de suministro con Roa y Florhuila ya reseñado, que se celebró el día dos de abril de 2010. Fue solo a partir de dicha fecha, cuatro meses después de la integración, que Alienergy inició operaciones comerciales relacionadas con la cascarilla de arroz.

"Por todo lo anterior, es evidente que al momento en que se produjo la integración, Alienergy no participaba en la misma cadena de valor de Molinos Roa y Molinos Florhuila, y por lo tanto, no se cumplían los presupuestos consagrados en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, por lo cual legalmente no tenía el deber de informar a la SIC de la integración.

"Lo señalado evidencia con claridad que en el caso que nos ocupa no se produjo una integración en los términos del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, pues en el momento de la adquisición de acciones de Alienergy por parte de los Molinos Roa y Florhuila, en diciembre de 2009, dicha compañía no participaba en ninguna cadena de valor relacionada con el arroz o su cascarilla.

"Adicionalmente, lo anterior permite también concluir que la apertura y desarrollo de la investigación a que se refiere la Resolución 56629 de 2011 desconoce los principios de economía, celeridad y eficacia que inspiran las actuaciones administrativas, y adicionalmente, que la función de la averiguación preliminar a que se refiere el numeral 5 del artículo 8 del Decreto 3523 de 2009 no se cumplió.

"Los principios de economía, celeridad y eficacia se encuentran consagrados en los artículos 209 de la Constitución y 3° del Código Contencioso Administrativo, el último de los cuales establece lo siguiente:

(...)

"Como se observa, los tres principios mencionados se encaminan a reducir los trámites innecesarios en las actuaciones administrativas. Iniciar una investigación cuando probatoriamente se tiene la certeza de que no se violó el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, es, por tanto, contrario a los principios de economía, celeridad y eficacia.

9

(...)

“Adicionalmente, el trámite de una investigación para los investigados, lleva consigo altos costos en términos de tiempo y de recursos, los cuales en este caso resultan innecesarios, por cuanto es evidente que no hay lugar a tramitar la presente actuación, por inexistencia de los supuestos legales contemplados en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959.

“En el sentido expuesto, en los términos del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, la Resolución 56629 de 2011 debe ser revocada (...).”

2.3. ETAPA PROBATORIA

2.3.1. Pruebas decretadas

Notificada la Resolución de Apertura de Investigación No. 56629 del 18 de agosto de 2011, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, se dió oportunidad a los investigados para solicitar y aportar las pruebas que quisieran hacer valer en su defensa. Esta Delegatura mediante Resolución No. 29140 del 7 de mayo de 2012¹⁵, ordenó practicar algunas de las pruebas solicitadas y tener como pruebas las aportadas por los investigados, al tiempo que decretó pruebas de oficio.

2.3.1.1. Modificaciones al Acto de Pruebas No. 29140 del 7 de mayo de 2012

La Resolución No. 29140 del 7 de mayo de 2012, mediante la cual se decretó la práctica de pruebas dentro de la investigación radicada con el número 11-92744, fue modificada por la Resolución No. 31549 del 1 del 24 de mayo de 2012,¹⁶ con el objeto de reprogramar la práctica de unos interrogatorios de parte y de un testimonio.

2.3.2. Pruebas practicadas e incorporadas a la investigación

2.3.2.1. Documentales

Dentro del término para presentar descargos fueron aportados al expediente los siguientes documentos por el apoderado de las sociedades y personas naturales investigadas:

Escritos de descargos, solicitud y aporte de pruebas de las sociedades MOLINOS ROA S.A., MOLINO FLOR HUILA S.A. y ALIENERGY S.A, de la señora MARIA ISABEL LASSO HOYOS y de los señores ANÍBAL ROA VILLAMIL, HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ y JAIRO ANTONIO ECHAVARRÍA BUSTAMANTE radicados con los No. 11-92744-44 y No. 11-92744-45 de fecha 25 de noviembre 2011¹⁷, frente a la Resolución de apertura de investigación formulada por la Superintendencia.

2.3.2.2. Oficios

A fin de obtener información necesaria para esclarecer los hechos objeto de la investigación, se oficio a la siguiente sociedad, quien atendió lo requerido por la SIC en los siguientes términos:

¹⁵ Expediente No. 11-92744, Cuaderno Público No.1, folios 1231 a 1235.

¹⁶ Expediente No. 11-92744, Cuaderno Público No.2, folios 1271 a 1273.

¹⁷ Expediente No. 11-92744, Cuaderno Público No.1, folios 1165 a 1214

i) ALIENERGY S.A.¹⁸

- Copia de las actas de Reuniones de Junta Directiva (Ordinarias y Extraordinarias) del año 2009, 2010, y 2011.
- Copia de las actas de Reuniones de Accionistas celebradas en los años 2009, 2010 y 2011.
- Copia del Informe de Gestión del Gerente General para el año 2011.
- Estados financieros (Balance General y Estado de pérdidas y ganancias) del año 2011.
- Descripción de los tipos de cascarilla que se comercializan (pacas de cascarilla, cascarilla cruda y cascarilla quemada).
- Listado de proveedores de Cascarilla de arroz 2009-2011.
- Listado de los proyectos productivos de ALIENERGY S.A., (finalizados o en curso / Propios o con destino a terceros) para el periodo 2009 - 2011, a base de cascarilla de arroz. Señalando el valor de cada uno de ellos.
- Ventas de Cascarilla de arroz en sus diferentes presentaciones (pacas de cascarilla, cascarilla cruda y cascarilla quemada), con periodicidad mensual, para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2009 hasta 31 de diciembre de 2011. Certificado por Revisor Fiscal.
- Allegar la relación de inversiones permanentes de ALIENERGY S.A. y de sus socios que representen participación superior al 10% en el capital social y autorizado, suscrito y pagado de otras empresas, indicando la actividad de esas empresas y el respectivo porcentaje de participación.
- Identificar y describir detalladamente: i) Las actividades económicas desarrolladas por ALIENERGY S.A., sin limitarse al objeto social consignado en registros públicos. Para cada actividad descrita se debe indicar el Código Industrial Internacional Uniforme – CIIU –, a cuatro dígitos. ii) Las Empresas Nacionales que desarrollen las mismas actividades económicas de ALIENERGY S.A.
- Allegar una relación de inversiones permanentes de las empresas intervinientes con las cuales puedan ejercer control sobre otra, directa o indirectamente, indicando la razón social de esa o esas empresas, su objeto social, su NIT, y el respectivo porcentaje de participación.
- Listado y valoración de los activos fijos de ALIENERGY S.A., utilizados para el procesamiento industrial de la Cascarilla de Arroz en sus diferentes presentaciones (pacas de cascarilla, cascarilla cruda y cascarilla quemada), y el manejo de sus residuos.
- De forma detallada señale la Capacidad Instalada de ALIENERGY S.A., para el procesamiento de la Cascarilla de Arroz (2009-2011).
- De forma detallada señale la Capacidad Utilizada de ALIENERGY S.A., en el procesamiento de la Cascarilla de Arroz (2009-2011).
- De forma detallada señale la Capacidad Ociosa de ALIENERGY S.A., en el procesamiento de la Cascarilla de Arroz (2009-2011).

¹⁸ Expediente No. 11-92744, Cuaderno Público No.2, folios 1293 a 1386.

7

- Flujo de procesos realizados por ALIENERGY S.A., para la obtención de pacas de cascarilla, cascarilla cruda y cascarilla quemada.
- Descripción del proceso de venta de a clientes, señalando: i) Políticas Comerciales; ii) Aplicación de Descuentos; iii) Relación Contractual.

2.3.2.3. Interrogatorios

En aplicación a las Resoluciones que decretaron y modificaron pruebas se citó a cada uno de los representantes legales de las empresas y a las personas naturales vinculadas a la presente investigación para oír su versión sobre los hechos, así:

2.3.2.3.1. Declaración del señor **ANÍBAL ROA VILLAMIL**, en su calidad de persona natural investigada, y Representante Legal de MOLINOS ROA S.A. y MOLINOS FLORHUILA S.A.¹⁹.

2.3.2.3.2. Declaración del señor **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, en su calidad de persona natural investigada, y Gerente General y Representante Legal de MOLINOS ROA S.A., y MOLINOS FLORHUILA S.A.²⁰.

2.3.2.3.3. Declaración del señor **JAIRO ANTONIO ECHAVARRÍA BUSTAMANTE**, en su calidad de persona natural investigada²¹.

2.3.2.3.4. Declaración de la señora **MARIA ISABEL LASSO HOYOS**, en su calidad de persona natural investigada, y Representante Legal de ALIENERGY S.A.²².

2.3.2.4. Testimonios

2.3.2.4.1. **EDGAR RAMÍREZ MARTÍNEZ**, en su calidad de Representante Legal de BIO+S.A. sobre la actividad comercial, y los proyectos productivos de la sociedad que representa, y su relación con los hechos y las personas jurídicas y naturales que se investigan en la presente actuación²³.

3. AUDIENCIA DEL DECRETO 19 DE 2012

Según lo previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia citó a los investigados, así como a sus respectivos apoderados para el día 13 de agosto de 2012, a fin de que presentaran, de manera verbal, los argumentos que pretendieran hacer valer respecto de la investigación.

A la diligencia compareció la Doctora CAMILA TORO DANGOND en su calidad de apoderada sustituta de las sociedades MOLINOS ROA S.A., MOLINO FLOR HUILA S.A. y ALIENERGY S.; de la señora MARIA ISABEL LASSO HOYOS y de los señores ANÍBAL ROA VILLAMIL, HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ y JAIRO ANTONIO ECHAVARRÍA BUSTAMANTE.

¹⁹ Expediente No. 11-92744, Cuaderno Público No.2, folios 1287 y 1288.

²⁰ Expediente No. 11-92744, Cuaderno Público No.2, folios 1289 y 1290.

²¹ Expediente No. 11-92744, Cuaderno Público No.2, folios 1253 y 1254.

²² Expediente No. 11-92744, Cuaderno Público No.2, folios 1255 y 1256.

²³ Expediente No. 11-92744, Cuaderno Público No.2, folios 1291 y 1292.

Instalada y dirigida la audiencia por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, se concedió el uso de la palabra al apoderado de los investigados, cuyos argumentos se resumen a continuación:

"Empiezo mi alegato señalando que la presente investigación debe ser archivada. Y debe ser archivada por la sencilla razón de que no se cumplen los supuestos previstos en el artículo cuarto de la Ley 155 del 59, modificado por la Ley 1340 del 2009.

"¿Por qué no se cumplen los supuestos? El primer supuesto es que las empresas que están obligadas a informar a la Superintendencia sobre los proyectos de integración que planeen llevar a cabo, deben dedicarse o a la misma actividad económica o participar en la misma cadena de valor. Ello, a la inversa quiere decir que las empresas que no participen en la misma actividad económica o que no participen en la misma cadena de valor, no tienen el deber de informar sobre las integraciones empresariales que planeen llevar a cabo.

"El presente trámite se dirige a establecer si las empresas investigadas con la autorización o tolerancia de las personas naturales investigadas llevaron a cabo la integración de aquellas previstas en la Ley 155 modificada por la Ley 1340. Pero los supuestos contemplados en el artículo cuarto no se cumplían al momento en que se produjo la adquisición de acciones a que hizo referencia el señor Delegado en su introducción, por cuanto al momento en que se produjo la adquisición de esas acciones, las empresas no participaban ni en el mismo mercado, ni en la misma cadena de valor.

"La fecha relevante para este caso es el 22 de diciembre de 2009. Ése día, luego de haberse aprobado al interior de Alienergy, como consta en las actas de junta directiva y asamblea del 7 y del 9 de diciembre que obran en el expediente a folios 1194 y 1201 que están en el cuaderno publico numero 1. El 22 de diciembre, tanto Molinos Roa, como Molinos Florhuila enviaron una carta aceptando la oferta de venta de acciones por parte de Alienergy, que ya estaba, repito, previamente aprobada por la junta y la asamblea de Alienergy. Entonces, fue el 22 de diciembre que se perfeccionó ese contrato de compraventa de acciones.

"Cabe recordar que el artículo 406 del Código de Comercio establece que la enajenación de acciones nominativas podrá hacerse por el mismo acuerdo de las partes. Esto confirma que ese contrato de compraventa de acciones es consensual y que en el presente caso, quedó perfeccionado el 22 de diciembre de 2009.

"Esta situación que acabo de describir no solamente consta en las actas de junta y de asamblea de accionistas de Alienergy y en las cartas de aceptación de Molinos Roa y de Molinos Florhuila, sino que también fue plasmada en el informe de gestión de Alienergy correspondiente al año 2009 que obra en el expediente y que fue citado en la resolución de apertura de la presente investigación y que esta a folios 15 y 22 del cuaderno reservado número 1.

"En dicho informe se mencionó: Y cito entre comillas: "(...) al finalizar el 2009 se realiza el cierre de la negociación de la venta de acciones de Alienergy S.A. a Molinos Roa S.A. y Molino Florhuila S.A. por un valor de 5000 millones de pesos." Del 2009, reitero.

"Lo anterior permite concluir de cara a evaluar los supuestos del artículo cuarto de la Ley 155 de 1959, que los mismos no se presentaban el 22 de diciembre de 2009, fecha para la cual, como se pasa a demostrar, Alienergy no participaba en la misma cadena de valor relativa a la cascarilla del arroz.

"Estando claro entonces que la operación de adquisición se perfeccionó el 22 de diciembre de 2009, ahora vamos a ver como durante el año 2009 Alienergy nunca realizó ningún proyecto ni de compraventa, ni de comercialización ni de ningún tipo productivo, respecto a la cascarilla de arroz.

"La cadena de valor fue definida por la Superintendencia en la Resolución 56629 de 2011 en los siguientes términos

(...)

“La SIC en la presente investigación, presupone que al momento en que se produjo la compraventa de acciones entre las sociedades Molinos Roa y Molinos Florhuila respecto de Alienergy, dicha empresa era una empresa dedicada al aprovechamiento industrial de la biomasa denominada cascarilla de arroz. Esa conclusión sin embargo carece de fundamento, pues solo con posterioridad a esa adquisición de acciones, Alienergy empezó a comercializar cascarilla de arroz. En efecto, Alienergy fue constituida en el año 2009, enero 16, si no me equivoco, y eso consta en el certificado de existencia y representación legal de Alienergy que obra en el expediente.

“Alienergy durante ese año no compró cascarilla de arroz, durante todo el año 2009, como obra a folios 1204 y 1214 del cuaderno público número uno del expediente. La primera vez que Alienergy empezó a comprar cascarilla de arroz fue con ocasión del contrato de suministro que con posterioridad a la venta de sus acciones que fue, reitero, el 22 de diciembre de 2009, celebró con Molinos Roa y Florhuila. Ese contrato se celebró el dos de abril de 2010 y también obra en el expediente. Y corrijo, los folios 1204 y 1214 son del contrato, y los folios donde está la relación de ventas y compra de cascarilla son el cuaderno reservado número 1 y 2 y el folio 81 concretamente, ahí se observa la primera fecha en la cual se compró la cascarilla de arroz.

“En ese contrato de suministro se observa con claridad que en el numeral dos, se pactan las cantidades y características y fechas de entrega en las cuales se ejecutará el contrato y las cantidades de suministro entonces, se establece que durante la duración del contrato, el proveedor, que son en ese caso tanto Molinos Roa como Molinos Florhuila, suministrará la cascarilla del arroz. De la planta ubicada en Chicoral, a partir del primero de abril del 2010, de la planta del Molino Florhuila ubicada en Campoalegre, Huila, a partir del primero de octubre del 2010, de la planta del Molino Florhuila ubicada en Villanueva, a partir del primero de enero de 2011, o sea, dos años después. De la planta de Molinos Roa ubicada en el municipio de Espinal a partir del primero de abril de 2010, de la planta de Agrocaribe de Molinos Roa ubicada en la ciudad de Ibagué, a partir del 20 de abril de 2010, de la planta de Molinos Roa ubicada en el municipio de Neiva, a partir del primero de abril de 2010 y de la planta de Molinos Roa ubicada en el municipio de Villavicencio, a partir del primero de enero de 2011.

“La situación anterior también se encuentra plasmada en los informes de gestión de Alienergy presentados por el representante legal y correspondientes a los años 2009 y 2010, que obran a folios 15 a 31 del cuaderno reservado número 1.

“En dichos informes de gestión, está probado con claridad meridiana que Alienergy no adelantó negocio alguno relacionado con la comercialización de la cascarilla de arroz, ni antes, ni para el momento de la integración que se reitera, fue el 22 de diciembre de 2009, como se muestra en los siguientes apartes, y voy a citar unos apartes de los informes de gestión de 2009 y del informe de gestión de 2010

“En el informe de gestión de 2009, cito: “Se espera antes de la mitad del 2010, iniciar operación de comercialización de cascarilla de arroz, en alianza con la compañía Enmiendas Salamanca S.A., cuyas acciones serán compradas por Alienergy en un 55%. El inicio de esta operación será la base de crecimiento y proyección de Alienergy S.A.

Sigo con el informe del 2009:

“Los ingresos presentados por Alienergy S.A. en el 2009 se representan principalmente en la venta de los estudios de los subproductos de Brinsa por 475 millones de pesos y en los trabajos de investigación realizados para la compañía Minera Tayrona S.A. que alcanzaron los 50 millones de pesos.

Continúo:

“Debido a que Alienergy S.A. no presenta aun ingresos por alguna actividad comercial específica, todos los costos relacionados con los proyectos y los gastos administrativos se cargan al diferido, con el fin de no representar altas pérdidas. (...)”

“Y ahora empiezo con el informe del 2010, es un párrafo muy cortico:

“Los ingresos en el 2010, provienen casi en su totalidad de la comercialización de la cascarilla de arroz, (nótese la diferencia entre uno y otro) producto obtenido mediante el contrato suscrito entre la sociedad con Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A. Las ventas superaron los 1.200 millones de pesos entre abril y diciembre de 2010, con un costo de ventas equivalente al 71% de los ingresos. (...)”

“Como se observa, en el 2009, año en que se produjo la integración vía la compra de acciones de Alienergy, los únicos ingresos que recibió Alienergy provinieron de “la venta de los estudios de los subproductos de Brinsa y los trabajos de investigación realizados para la compañía Minera Tayrona S.A.” Además, el proyecto para la comercialización de la cascarilla que se preveía en el 2009 para el 2010, estaba planeado en conjunto con la sociedad Enmiendas Salamanca S.A. y no con los Molinos Roa y Florhuila precisamente, al momento de la adquisición de las acciones.

“Esta información coincide con lo señalado a folio 1384 del Cuaderno Público número 2, en donde se informa que el único proyecto productivo de Alienergy es actualmente, y desde el 4 de abril de 2010, el de la venta de la cascarilla de arroz. Antes de esa fecha Alienergy no tenía ningún proyecto productivo, porque precisamente estaba en una etapa de definición y de venta solamente se dedicaba a informar unos estudios.

“Ello por simple sustracción de materia indica que en 2009 Alienergy no participó en ningún negocio relacionado con la cascarilla de arroz, lo cual se corrobora en el informe de gestión correspondiente al año de 2010, donde se da cuenta del inicio de las actividades relacionadas con la cascarilla de arroz, a partir del mes de abril de ese año, a raíz del contrato de suministro con Roa y Florhuila ya reseñado.

“Fue solo a partir de esa fecha entonces, 4 de abril de 2010, más de cuatro meses después de la adquisición de acciones, que Alienergy inició operaciones comerciales relacionadas con la cascarilla de arroz. Por lo anterior, es evidente que al momento en que se produjo la integración Alienergy no participaba en la misma cadena de valor y por supuesto, no participaba en la misma actividad que Molinos Roa y Florhuila, y por lo tanto no se cumplían los supuestos consagrados en el artículo cuarto de la Ley 155 de 1959 modificado por la Ley 1340 de 2009. Por lo cual, legalmente, ni Alienergy ni sus representantes legales tenían el deber de informar a la SIC sobre dicha operación.

“Consecuentemente, solicito que la presente investigación sea archivada (...).”

4. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

La presente actuación administrativa pretendió establecer sí, entre las sociedades MOLINOS ROA S.A., MOLINO FLOR HUILA S.A. y ALIENERGY S.A, y sus representantes legales, tuvo lugar o nó, una operación de integración empresarial sin haber informado previamente a la Superintendencia de Industria y Comercio.

4.1. LA CADENA ARROCERA EN COLOMBIA

El esquema de producción y comercialización de la cadena arrocera en Colombia involucra diferentes actividades productivas, de las cuales hacen partes diversos agentes de mercado.

Así, en primer lugar se encuentra la producción agrícola, que corresponde a la siembra y cosecha del arroz paddy verde²⁴ por parte de los agricultores. Este producto constituye la materia prima en todo el proceso productivo. Posteriormente, tiene lugar el proceso industrial desarrollado por los molinos. El arroz paddy que llega al molino es sometido a procesos de limpieza y reducción del porcentaje de humedad con el objeto de prepararlo para la trilla y el almacenamiento.

El proceso de molinería deja como principal producto el arroz blanco y subproductos como la cascarilla de arroz y el arroz integral. La cascarilla de arroz

²⁴ Arroz paddy: Grano de arroz al cual no se le ha retirado su cascarilla (arroz con cáscara). Recuperado de <http://www.arrozboluga.com/productos.php>. en julio 8 de 2010.

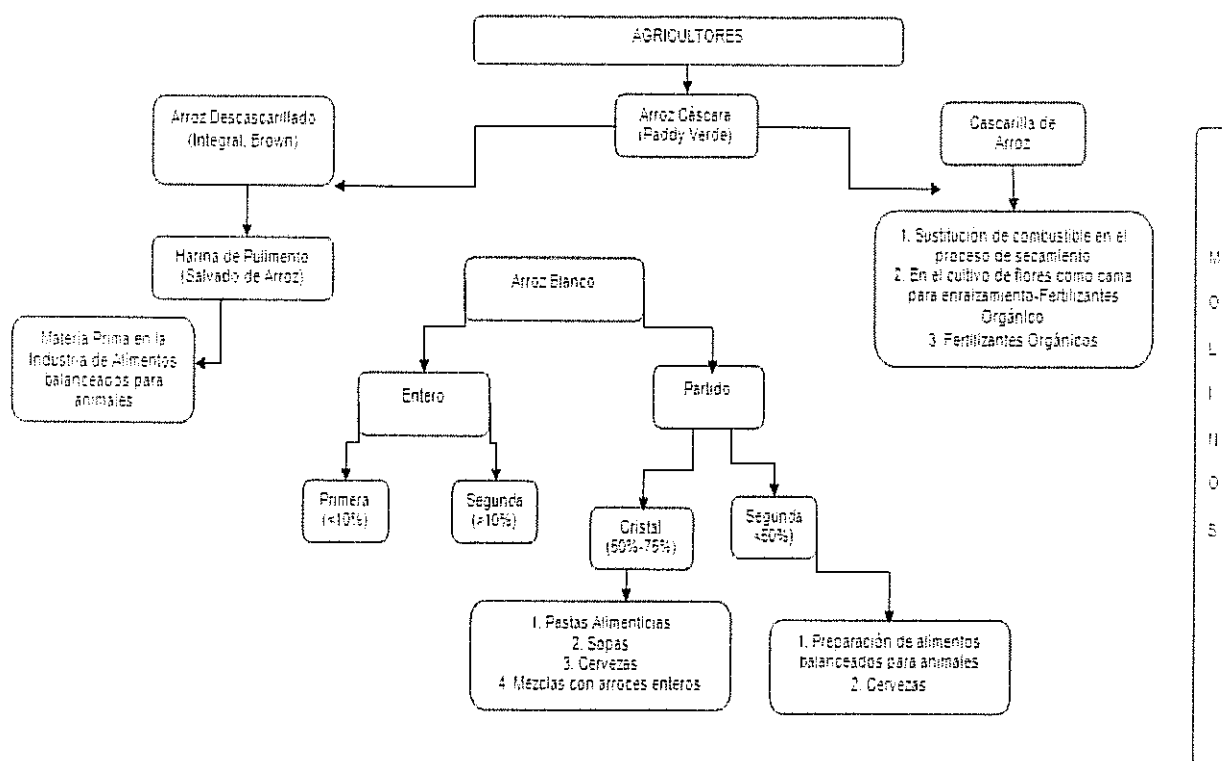
se considera como desecho, aunque en ocasiones es usada como combustible para el proceso de secamiento o como sustrato en viveros y cultivos. El arroz integral, que también puede destinarse directamente al consumo humano, es sometido a un proceso de pulimento, a partir del cual se obtienen el arroz blanco y la harina de pulimento o salvado de arroz. Esta última se utiliza generalmente como materia prima en la industria de alimentos balanceados para animales²⁵.

Finalmente, el arroz blanco entero se destina directamente al consumo humano o se muele para obtener harina de arroz. En el mercado colombiano suele hacerse una distinción del arroz blanco de primera, el cual tiene un porcentaje de grano partido inferior al 10% y el de segunda, con un porcentaje de grano partido superior al 10%²⁶.

Cuando el porcentaje de grado partido es muy superior al 10%, este arroz blanco es clasificado en: el arroz partido Grande o Cristal, vendido como insumo para la fabricación de pastas alimenticias, sopas y cervezas. Y en segundo lugar, el arroz partido Pequeño o Granza, que tiene tamaños inferiores a un cuarto de grano y se utiliza en la preparación de concentrados para animales y cerveza.

En el Diagrama 1 se observa la estructura de la cadena productiva del arroz:

Diagrama 1: Estructura de la cadena agroindustrial del arroz



Fuente: Martínez Covalada, Héctor J. Agroindustria y Competitividad: Estructura y Dinámica en Colombia 1992-2005. Página 371.

Del diagrama 1 se observa que la cascarilla de arroz es un subproducto del proceso de trilla realizado por los molinos procesadores de arroz paddy verde y productores de arroz blanco.

²⁵ La Cadena del Arroz en Colombia. Una mirada global de su estructura y dinámica. 1991-2005. Documento de trabajo No. 52. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Página 3.

²⁶ Ibídem. 4.

Según lo muestra el trabajo de Agrocadenas²⁷, para el año 2001 de los productos y subproductos creados por la molinería de arroz, y que van al mercado en Colombia, el 87,6% lo constituye la producción de arroz blanco.

La oferta de arroz paddy verde está determinada por dos grandes cosechas anuales: (i) la producción del primer semestre del año (siembra del segundo semestre del año inmediatamente anterior), y (ii) la producción del segundo semestre del año (siembra del primer semestre del mismo año).

El mayor volumen de producción de arroz paddy verde se obtiene en los meses de enero, febrero, julio, agosto, septiembre y diciembre, en los cuales se cosecha cerca del 70% de la producción anual nacional. Aproximadamente tres cuartas partes de la oferta pertenecen a la Zona Centro (Tolima, Huila) y a los Llanos Orientales (Meta y Casanare)²⁸.

4.1.1. Sobre la producción de cascarilla de arroz

Tal como se expuso anteriormente, la cascarilla de arroz es un subproducto de la industria molinera, que resulta abundantemente en las zonas arroceras de muchos países y que ofrece buenas propiedades para ser usado como sustrato hidropónico. Entre sus principales propiedades físico-químicas se tiene que es un sustrato orgánico de baja tasa de descomposición, es liviano, de buen drenaje, buena aireación y su principal costo es el transporte. La cascarilla de arroz es el sustrato empleado para los cultivos hidropónicos bien sea cruda o parcialmente carbonizada²⁹.

La cascarilla de arroz es de fácil transporte y consecución pues es producido a gran escala en el departamento del Tolima y en los Llanos Orientales. Además la utilización de la ceniza de cascarilla de arroz favorece el establecimiento de industrias para su obtención. (Agencia Universitaria de Periodismo Científico)³⁰.

De la información trasladada del expediente 09-140476 y obrante en el expediente, se tiene que FEDEARROZ, de acuerdo a los datos que sobre el recaudo de la cuota de fomento arrocerero lleva el Fondo Nacional Arrocerero³¹, afirma que para el año 2009, año anterior al proceso de la presunta integración económica no informada, en el mercado de compra de arroz paddy verde intervinieron 169 agentes compradores que transaron 2.793.850,41 toneladas de dicho producto. De ese volumen de arroz paddy verde, y de acuerdo al factor de conversión señalado por los molinos requeridos³², en el país se produjeron 558.770,08 toneladas de cascarilla de arroz, donde el 20% de este total es 111.754,0 toneladas.

Ahora bien, la participación de MOLINOS ROA S.A. y MOLINO FLOR HUILA S.A. en la compra de arroz paddy verde fue de 128.796 toneladas de arroz paddy verde,

²⁷Ibidem. 4.

²⁸Ibidem. 3.

²⁹ Recuperado el día 28 de septiembre de 2011, de <http://www.semilleria.cl/desarrollo/DetalleProducto.aspx?id=462&idc=107>

³⁰ Recuperado en día <http://aupec.univalle.edu.co/AUPEC/antiores/arroz.html>

³¹ El Fondo Nacional de del Arroz, es una cuenta especial para el recaudo y manejo de los recursos provenientes de la Cuota de Fomento Arrocerero, contribución parafiscal que pagan los arroceros por cada tonelada de arroz producida para promover el desarrollo tecnológico del cultivo. Extraído de <http://www.fedearroz.com.co/Nfna.php>. Fecha de consulta: septiembre 23 de 2011.

³² Se utilizo el 20% como factor de conversión. Es decir, que por una tonelada de arroz paddy verde (1.000 kilos) se producen 200 kilos de cascarilla de arroz.

aplicando el factor de conversión del 20%, la producción de cascarilla de arroz por parte de estas dos compañías es de 25.759,20 toneladas, es decir, más del 20% del mercado nacional de cascarilla de arroz. La misma situación se verificó para años anteriores, 2007 y 2008.

Tabla 2: Producción de arroz paddy verde y de cascarilla de arroz

Año	Producción Nacional de Arroz Paddy (Ton Métricas)	Producción Nacional de Cascarilla de Arroz (Factor de conversión 20%)	Mercado Relevante (Cascarilla de Arroz)	Participación de ROA en paddy verde (Ton Métricas)	Participación de FLORHUILA en paddy verde (Ton Métricas)	Total participación en paddy verde ROA y FLOR HUILA	% de producción de cascarilla de ROA y FLOR HUILA	% de Participación de Roa y Flor Huila en el Mercado Relevante
2007	2.342.704,15	468.540,83	93.708,17	82.404,91	47.465,61	129.870,51	25.974,10	28%
2008	2.721.341,06	544.268,21	108.853,64	95.011,53	54.474,25	149.485,77	29.897,15	27%
2009	2.793.850,41	558.770,08	111.754,02	99.487,09	29.308,89	128.795,98	25.759,20	23%

Fuente: FEDEARROZ. Elaboración: SIC

4.1.2. De la cascarilla y ceniza de arroz como biomasa

El proceso de molinería o trillado de arroz deja como principal producto el arroz blanco y subproductos como el arroz integral, la cascarilla de arroz cruda (cascarilla) y la cascarilla de arroz quemada proveniente de los hornos de secado de arroz (ceniza). Diez años atrás, la cascarilla de arroz se consideraba como desecho, aunque en ocasiones era usada como combustible para el proceso de secamiento en los molinos de arroz o como sustrato en viveros y cultivos. Hoy en día, la cascarilla y la ceniza no son vistas como un desecho y son utilizadas por los mismos molinos, como combustible para la generación de energía dentro de sus procesos industriales o son vendidas como subproductos a otros agentes del mercado que demandan como insumos las biomásas.

La biomasa es materia orgánica originada en un proceso biológico, espontáneo o provocado, con la potencialidad de ser utilizada como fuente de energía. La biomasa abarca un amplio conjunto de materias orgánicas que se caracteriza por su heterogeneidad, tanto por su origen como por su naturaleza. Unas de estas biomásas son la cascarilla y la ceniza de arroz, subproductos del proceso de secamiento de arroz paddy verde, que son utilizadas por diversas industrias para varios usos, de los cuales destacamos los siguientes:

- Como insumo para la fabricación de alimentos concentrados para animales.
- Como material utilizado en la fabricación de cemento o concreto para aumentar sus propiedades aditivas
- Para la sustitución de combustibles fósiles, principalmente para generación de energía calórica, en los procesos fabricación de varias industrias, como en las plantas de cemento, ladrilleras y tabacaleras, sustituyendo en el caso colombiano al carbón, gas y petróleo.
- Para la creación de compostajes para la industria agrícola, sobre todo la floricultura.
- Sirven de insumo para la industria avícola y ganadera, como cama para los pollos y pesebreras.
- Y para la generación de energías limpias.

4.2. SUJETOS VINCULADOS A LA INVESTIGACIÓN

Que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia mediante Resolución No. 9753 del 23 de febrero de 2011³³ resolvió ordenar la apertura de una investigación administrativa en contra los agentes del mercado que se relacionan a continuación:

4.2.1. Personas Jurídicas

4.2.1.1. Molinos Roa S.A.

Sociedad con NIT No.891100445-6 constituida por escritura pública No. 1901 de la Notaría 1A de Neiva, del 16 de octubre de 1969, inscrita el 26 de marzo de 1984 bajo el No. 149.127 del libro IX, con la denominación "RAFAEL. V. ROA .V Y HERMANOS". Tras varias modificaciones de su razón social, mediante escritura pública No. 5288 de la Notaría 18 de Bogotá, del 22 de diciembre de 2008, inscrita el 4 de febrero de 2009 bajo el No.1272628 del libro IX, la sociedad cambio su razón social por el de "MOLINOS ROA S.A". Su objeto social es "(...) A.) *La explotación de la actividad agropecuaria en todas sus modalidades especialmente en lo relativo al cultivo, compra, procesamiento, y venta de arroz. B.) La importación y distribución de equipos e implementos para la agricultura. C.) La importación, representación, venta y distribución de abonos fungicidas en todas sus modalidades y de toda clase de productos agrícolas (...)*"³⁴.

4.2.1.2. Molinos Florhuila S.A.

Sociedad con NIT No. 891100190 constituida por escritura pública No. 1578 de la Notaría 1A de Medellín, del 8 de mayo de 1961, inscrita el 26 de noviembre de 1987 bajo el No. 223.644 del libro IX, con la denominación "MOLINO FLOR HUILA LIMITADA". Tras varias modificaciones de su razón social, mediante escritura pública No. 949 de la Notaría 18 de Bogotá, del 30 de marzo de 2009, inscrita el 21 de abril de 2009 bajo el No.1291060 del libro IX, la sociedad cambio su razón social por el de "MOLINOS FLORHUILA S.A". Su objeto social es "(...) A.) *La explotación de la actividad agropecuaria en todas sus modalidades especialmente en lo relativo al cultivo, compra, procesamiento, y venta de arroz. B.) La importación y distribución de equipos e implementos para la agricultura. C.) La importación, representación, venta y distribución de abonos fungicidas en todas sus modalidades y de toda clase de productos, agrícolas (...)*"³⁵.

4.2.1.3. Alienergy S.A.

Sociedad con NIT No. 900262290-8 constituida por documento privado de asamblea constitutiva del 16 de enero de 2009, inscrita en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 22 de enero de 2009 bajo el No. 01269713 del libro IX, con la denominación "ALIENERGY S.A.". Su objeto social es "(...) *La planeación y planificación, estructuración, financiación, operación y comercialización de proyectos que protejan y conserven el medio ambiente y/o que*

³³Expediente 08-126301, folios 2004 a 2031.

³⁴ Registro único Empresarial; Cámaras de comercio. Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad CONSTRUCTORA M.P. S.A. Véase Página Web. En: http://www.rue.com.co/RUE_WebSite/Consultas/DetalleRM.aspx?codcamara=04&matricula=0000207538 Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2012.

³⁵ Registro único Empresarial; Cámaras de comercio. Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad MOLINOS FLORHUILA S.A, Véase Página Web. En: http://www.rue.com.co/RUE_WebSite/Consultas/DetalleRM.aspx?codcamara=04&matricula=0000311335 Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2012.

*promueva o contribuyan con el desarrollo sostenible desde la perspectiva medioambiental, contribuyendo al desarrollo de una producción más limpia incluyendo pero sin limitarse (I) La promoción del consumo y compraventa de biomásas; (II) El aprovechamiento de combustibles alternativos; (III) El aprovechamiento de materia y/o biomásas de otras industrias o procesos productivos generándoles valor agregado y que puedan ser aplicados a la industria de la construcción, (IV) El desarrollo de proyectos de energía de origen renovable; (V) Consultoría en soluciones tecnológicas para reducir el impacto ambiental; (VI) Identificación de tecnologías donde pueden ser aplicadas a las biomásas para la generación de energía (...)*¹³⁶.

4.2.2 Personas Naturales

4.2.2.1 Aníbal Roa Villamil

Presidente y Representante Legal de MOLINOS ROA S.A., nombrado en la Junta Directiva del 22 de febrero de 2010, cuya Acta No 127 fue inscrita el 7 de julio de 2010 bajo el No.01396812 del Libro IX³⁷. Así mismo ostenta el cargo de Presidente y Representante Legal de MOLINOS FLOR HUILA S.A. nombrado en la Junta Directiva del 10 de febrero de 2009, cuya Acta No 77 fue inscrita el 28 de abril de 2009 bajo el No.01292857 del Libro IX³⁸.

4.2.2.2 Hernando Rodriguez Rodriguez

Gerente General y Representante Legal de MOLINOS ROA S.A. nombrado en la Junta Directiva del 9 de febrero de 2009, cuya Acta No 115 fue inscrita el 24 de marzo de 2009 bajo el No.012 84599 del Libro IX³⁹, y Gerente General y Representante Legal de MOLINOS FLOR HUILA S.A., nombrado en la Junta Directiva del 10 de febrero de 2009, cuya Acta No 77 fue inscrita el 28 de abril de 2009 bajo el No.01292857 del Libro IX⁴⁰.

4.2.2.3 Jairo Antonio Echavarría Bustamante

Gerente Principal para el año 2009 y para la época en que se presume se realizó la operación de venta de acciones investigada a ALIENERGY S.A. Actualmente, fue nombrado Gerente Principal por la Junta Directiva de la Sociedad, del 4 de julio de

³⁶ Registro único Empresarial; Cámaras de comercio. Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad ALIENERGY S.A. Véase Página Web. En: http://www.rue.com.co/RUE_WebSite/Consultas/DetalleRM.aspx?codcamara=04&matricula=0001862648 Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2012.

³⁷ Registro único Empresarial; Cámaras de comercio. Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad MOLINOS ROA S.A. Véase Página Web. En: http://www.rue.com.co/RUE_WebSite/Consultas/DetalleRM.aspx?codcamara=04&matricula=0000207538 Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2012.

³⁸ Registro único Empresarial; Cámaras de comercio. Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad MOLINOS FLOR HUILA S.A. Véase Página Web. En: http://www.rue.com.co/RUE_WebSite/Consultas/DetalleRM.aspx?codcamara=04&matricula=0000311335 Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2012.

³⁹ Registro único Empresarial; Cámaras de comercio. Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad MOLINOS ROA S.A. Véase Página Web. En: http://www.rue.com.co/RUE_WebSite/Consultas/DetalleRM.aspx?codcamara=04&matricula=0000207538 Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2012.

⁴⁰ Registro único Empresarial; Cámaras de comercio. Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad MOLINOS FLOR HUILA S.A. Véase Página Web. En: http://www.rue.com.co/RUE_WebSite/Consultas/DetalleRM.aspx?codcamara=04&matricula=0000311335 Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2012.

2012 cuya Acta No. 18 fue inscrita el 30 de julio de 2012 bajo el No.01654304 del Libro IX⁴¹.

4.2.2.4. Maria Isabel Lasso Hoyos

Anterior Gerente Principal y Representante Legal de ALIENERGY S.A. nombrada en la Junta Directiva del 25 de enero de 2010 cuya Acta No 006 fue inscrita el 8 de marzo de 2010 bajo el No.01367033 del Libro IX⁴².

4.3. CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, la operación objeto de análisis por parte de este Despacho tiene relación con la cadena productiva del arroz en Colombia, dada la actividad de los agentes económicos vinculados como investigados en el presente trámite guarda relación con los eslabones de producción y transformación del arroz y la cascarilla del mismo. En esa medida, a continuación se procede a analizar si con su conducta se llevó a cabo una omisión al deber de información previa, señalado en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

4.3.1. Marco Normativo

En el inciso primero del artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, se dispuso que la Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.

A su turno, el numeral 2º del artículo 1º del Decreto 4886 de 2011, consagra como función de esta Entidad, velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales. De igual forma, es función de esta Superintendencia, imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, así como por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta esta Entidad (numeral 4 *ibídem*).

En lo que respecta al régimen de integraciones empresariales, el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, dispone que las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la SIC sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada:

1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido esta Entidad, o

⁴¹ Registro único Empresarial; Cámaras de comercio. Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad ALIENERGY S.A.. Véase Página Web. En: http://www.rue.com.co/RUE_WebSite/Consultas/DetalleRM.aspx?codcamara=04&matricula=0001862648 Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2012.

⁴² Expediente No. 11-92744, Cuaderno Público No.1, folios 9-11.

2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en SMLMV, haya establecido esta Superintendencia.

En los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% mercado relevante, se entenderá autorizada la operación. Para este último caso se deberá únicamente notificar a esta Superintendencia.

4.3.2 Supuestos contenidos en la norma

Conforme el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y en la Resolución N° 69901 del 31 de diciembre de 2009,⁴³ vigente para la época de los hechos, el deber de informar recae sobre las empresas que cumplan los supuestos i) subjetivo, ii) objetivo y iii) cronológico contenidos en la norma, a saber:

i) El supuesto subjetivo.- implica que las empresas que se pretendan integrar estén dedicadas a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un bien o servicio determinado, o que se encuentren dentro de la misma cadena de valor de dicho bien o servicio. Así, dentro de este supuesto se destacan dos preceptos: que exista una pluralidad de empresas a integrarse y que esas empresas desarrollen la misma actividad económica o que estén en la misma cadena de valor.

ii) El supuesto objetivo.- también implica dos verificaciones. En primer lugar, según lo establecido por la Circular Única de esta Superintendencia, para la época de los hechos, las empresas que individualmente o en conjunto, presentaran activos o ingresos operacionales superiores a 150.000 SMMLV, estaban obligadas a informar previamente a esta Entidad las operaciones de integración jurídico-económica que pretendieran adelantar.

En segundo lugar, el supuesto objetivo establecía que las empresas que pretendieran fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, tenían el deber de proporcionar información previa de la operación a esta Entidad, sin importar la forma ni la vía jurídica que adoptara dicha operación.

iii) El supuesto cronológico.- En virtud del cual las empresas que se pretendieran integrar, y cuya situación se enmarcara en los supuestos ya referidos, debían, previa la realización de la operación, contar con la aprobación dada por esta Superintendencia. En tal sentido, el aviso no era posterior a la operación, sino que debía realizarse con antelación a la misma, pues de no ser así se perdería el carácter preventivo de la norma.

De esta forma, se observa que la Ley 155 de 1959, modificada por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, establecía un deber legal de información, que constituía el punto de partida del control *ex ante*, por medio del cual la Autoridad de Competencia, previo al perfeccionamiento de una integración, analiza su probable impacto sobre las condiciones del mercado, a fin de evitar las restricciones indebidas de la competencia que pueda llegar a suscitar, en una labor eminentemente preventiva, acorde con los postulados de la Constitución Política⁴⁴.

⁴³ Por medio de la cual la SIC estableció los ingresos operacionales y activos a tener en cuenta para determinar los umbrales para el año 2010.

⁴⁴ En este sentido previene el artículo 333 Superior, que "[...] la libre competencia económica es un derecho de todos -agregando que- el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional". (Se subraya)

Dicho deber de información se constituye en una obligación de no hacer, la cual, no admite mora pues, una vez integradas las empresas se incumple la obligación.

Por las razones expuestas, las empresas que pretendieran llevar a cabo un proceso de integración empresarial, en cualquiera de sus manifestaciones, y cuya situación se enmarcara en los supuestos previstos en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, debían comunicar previamente la operación que pretendieran realizar a esta Entidad, la cual determinaría la procedencia de su ejecución.

4.3.3. Adecuación de los supuestos de la norma a la operación objeto de estudio

Teniendo en cuenta lo anterior, se analizará si en la presente actuación se cumplen los supuestos señalados:

4.3.3.1. Supuesto subjetivo

El supuesto subjetivo, involucra dos aspectos: a) pluralidad de empresas y b) el desarrollo de una misma actividad o que se encuentren en la misma cadena de valor. A continuación se analizarán.

4.3.3.1.1. Pluralidad de empresas

La operación objeto de estudio se llevó a cabo entre las siguientes empresas:

- La sociedad MOLINOS ROA S.A, con NIT No.891100445-6 constituida por escritura pública No. 1901 de la Notaría 1A de Neiva, del 16 de octubre de 1969, inscrita el 26 de marzo de 1984 bajo el No. 149.127 del libro IX.
- La sociedad **MOLINOS FLORHUILA S.A.**, con NIT No. 891100190 constituida por escritura pública No. 1578 de la Notaría 1A de Medellín, del 8 de mayo de 1961, inscrita el 26 de noviembre de 1987 bajo el No. 223.644 del libro IX.
- El negocio realizado entre las empresas atrás enunciadas consistió en la adquisición del 52% de las acciones de participación en el capital de la sociedad **ALIENERGY S.A**, con NIT No. 900262290-8, constituida por documento privado de asamblea constitutiva del 16 de enero de 2009, inscrita el 22 de enero de 2009 bajo el No. 01269713 del libro IX, cuyo objeto principalmente es la promoción del consumo y compraventa de biomásas; el aprovechamiento de combustibles alternativos; y el aprovechamiento de materia y/o biomásas de otras industrias o procesos productivos generándoles valor agregado y que puedan ser aplicados a la industria de la construcción.

4.3.3.1.2. El desarrollo de la misma actividad

El fin del control previsto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por la Ley 1340 de 2009, es prevenir la consolidación de situaciones económicas que pudieran resultar nocivas para el mercado en general, y para los consumidores en particular, en cuanto podrían ver sus intereses y expectativas de consumo, reducidas o anuladas por las estrategias jurídicas o económicas de determinados agentes del mercado.

Resulta oportuno precisar que la operación de integración analizada, llama la atención de la autoridad de competencia en la medida que se verificó que es una

operación en la cual participan agentes del mercado que hacen parte de diferentes eslabones de la cadena productiva del arroz en nuestro país, como se ilustró en párrafos anteriores.

Bajo esta línea argumental, para este Despacho es claro que los agentes involucrados en la operación de integración analizada participan en la misma cadena de valor. Dicha situación se comprobó, entre otras formas, con la siguiente información:

A. Información tomada de los certificados de existencia y representación legal

El objeto social de MOLINOS ROA S.A es:

“La explotación de la actividad agropecuaria en todas sus modalidades especialmente en lo relativo al cultivo, compra, procesamiento y venta de arroz. [...] Para la realización de su objeto, la compañía podrá: Constituir compañías filiales para el establecimiento y explotación de empresas destinadas a la realización de cualquiera de las actividades comprendidas en el objeto social, y tomar interés como participe, asociada a accionistas, fundadora o no, en otras empresas de objeto análogo o complementario al suyo, o necesario para su desarrollo. [...]”⁴⁵ (Negrilla y subrayado fuera de texto).

El objeto social de MOLINOS FLORHUILA S.A es:

“La explotación de la actividad agropecuaria en todas sus modalidades especialmente en lo relativo al cultivo, compra, procesamiento y venta de arroz. [...] Para la realización de su objeto la compañía podrá: Constituir compañías filiales para el establecimiento y explotación de empresas destinadas a la realización de cualquiera de las actividades comprendidas en el objeto social, y tomar interés como participe, asociada a accionistas, fundadora o no, en otras empresas de objeto análogo o complementario al suyo, o necesario para su desarrollo. [...]”⁴⁶. (Negrilla fuera de texto).

El objeto social de ALIENERGY S.A es:

“[...] (I) La promoción del consumo y compraventa de biomásas; (II) El aprovechamiento de combustibles alternativos; (III) El aprovechamiento de materias y/o biomásas de otras industrias o procesos productivos generándoles valor agregado y que puedan ser aplicados a la industria de la construcción; (IV) El desarrollo de proyectos de energía de origen renovable [...]”⁴⁷

En este punto, vale la pena resaltar que las empresas investigadas han construido su defensa, frente a la imputación del incumplimiento de la obligación de informar, argumentado que ALIENERGY no se encontraba al momento de la compra de acciones, dentro de la misma cadena de valor de la industria arrocera, dado que si bien es una empresa dedicada al aprovechamiento industrial de la biomasa, para el momento de la operación referida, no había desarrollado actividades que tuvieran como objeto la prestación de servicios en los que se involucrara el producto o biomasa denominado, cascarilla de arroz.

⁴⁵ Cuaderno Público 1, folio 139 del Expediente 11-92744.

⁴⁶ Cuaderno Público 1, folio 123 del Expediente 11-92744.

⁴⁷ Cuaderno Público 1, folio 9 del Expediente 11-92744.

B. Informe de Gestión Alienergy 2009

En el informe de gestión del año 2009 elaborado para los accionistas de Alienergy se menciona lo siguiente:

- Respecto a la cesión de los proyectos por parte de Bio+a S.A.

"(...) El 2009, año de constitución de la compañía, ha representado grandes retos para la ejecución de los proyectos heredados de Bio+a S.A. y los nuevos adquiridos por Alienergy S.A. Hemos finalizado con éxito el año 2009 con la venta de uno de nuestros proyectos más grandes por más de 400 millones de pesos, además de obtener la consolidación de la alianza con Molinos Roa y Flor Huila, con la venta del 52% de nuestras acciones a estas compañías (...)"

"(...) Durante el 2009, Alienergy S.A. dio curso a los proyectos heredados de Bio+a S.A. y se iniciaron nuevos y novedosos proyectos (...)"

- Respecto a la compra de acciones de la compañía Enmienda Salamanca

"Se espera antes de mitad de 2010, iniciar la operación de comercialización de cascarilla de arroz, en alianza con la compañía Enmiendas Salamanca S.A., cuyas acciones serán compradas por Alienergy en un 55%. El inicio de esta operación será la base de crecimiento y proyección de Alienergy S.A."

"Se realizó también el pago de un anticipo por compra de acciones a la compañía Enmiendas Salamanca S.A. por un valor de cincuenta millones de pesos (\$50'000.000) Recordemos que el objetivo es comprar el 55% de esta compañía por un valor de cuatrocientos cuarenta millones de pesos (\$440'000.000).

- Respecto a la venta de acciones de Alienergy S.A. a Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A.

"(...) Al finalizar 2009 se realiza el cierre de la negociación de la venta de acciones de Alienergy S.A. a Molinos Roa S.A. y Molino Flor Huila S.A. por un valor de 5 mil millones de pesos, cuya tercera parte fue un pago en efectivo de 1.500 millones de pesos en el mes de diciembre y 150 millones de pesos en cascarilla de arroz en el mes de enero de 2010. El saldo será pagado en facturas de cascarilla de arroz una vez comience la operación (...)"

"(...) Debido a que la legalización de la compraventa de acciones se realizó en el mes de enero de 2010, el aumento del patrimonio de la compañía se ve reflejado en los balances del presente año".

El informe de gestión del año 2009 informa a los socios de ALIENERGY y a los terceros que en ese año mediante acuerdos y celebración de contratos se adquirieron proyectos de la empresa Bio+a S.A. y se pagaron el 6% de las acciones de la sociedad ENMIENDAS SALAMANCA S.A., del 55% de acciones que se proyectaban comprar, con el fin de desarrollar una alianza para comercializar cascarilla de arroz.

C. Página Web de Alienergy

En la página web de la sociedad ALIENERGY S.A., en la sección “Empresa”, subsección “Quiénes Somos” se informa al público lo siguiente:

“ALIENERGY S.A., al estar recién constituida, ha heredado la experiencia y la propiedad de todos los proyectos realizados por la empresa Bio+a S.A. entre mayo de 2006 y febrero de 2009.

Conservando el mismo enfoque, ALIENERGY S.A. continuará con el desarrollo de proyectos encaminados al aprovechamiento de los residuos y a la estructuración de proyectos MDL a nivel nacional e internacional”.

De acuerdo, a su página oficial, en el año 2009 ALIENERGY S.A adquirió la propiedad de todos los proyectos de la empresa Bio+a S.A, que esta realizó entre mayo de 2006 y febrero de 2009.

D. Objeto social de las sociedades Bio+a S.A. y Enmienda Salamanca

El objeto social de Bio+a S.A. es: “(...) 4.1.1 La planeación, definición, estructuración, financiación, y/o la operación de proyectos que contribuyan a la conservación y mejoramiento del medio ambiente y/o que promuevan o contribuyan con el desarrollo sostenible desde la perspectiva medioambiental. 4.1.2. La prestación de servicios de asesoría y consultoría en planeación, definición, estructuración, financiación y/o la operación de proyectos que contribuyan con el desarrollo sostenible desde la perspectiva medioambiental (...)”.

Al respecto, en testimonio rendido el 1 de junio de 2012, ante esta Superintendencia, por el señor EDGAR RAMÍREZ MARTÍNEZ, representante legal de BIO+A S.A. declaró lo siguiente:

“(...) Pregunta Despacho: ¿Nos puede decir por favor cuál es la actividad principal de la compañía BIO+A S.A.?”

“Respuesta: BIO+S.A., se dedica, quiero hacer la aclaración que esa compañía en este momento está en estado de liquidación. Bajo la última asamblea de accionistas que se hizo ahora el 31 de marzo se entró en proceso de liquidación. Esa sociedad se dedica a todo lo que es el tema de reciclajes, todo lo que tiene que ver con compra de biomásas, y cualquier tipo de materiales que sirvan como combustible alterno para la industria del cemento o cualquier combustible que genere calor o energía.

“Pregunta Despacho: ¿BIO+A S.A., compra cascarilla de arroz?”

“Respuesta: En este momento no compramos, pero hasta el año 2010 compramos.

“Pregunta Despacho: ¿Quiénes eran, es de su conocimiento, quienes son los principales proveedores de cascarilla de arroz?”

“Respuesta: ¿De BIO+A S.A.?”

“Complemento de la pregunta formulada por el Despacho: Sí.

“Respuesta: En su momento, nuestro proveedor fue ROA, MOLINOS ROA como tal, básicamente con ellos teníamos contratos (...)”. (Subrayado del Despacho)

Esta Delegatura indagó por el objeto social desarrollado por la sociedad ENMIENDAS SALAMANCA S.A y encontró que la actividad económica de esta

empresa, desde que su naturaleza era la de sociedad limitada, estaba definida como tostado de cascarilla cruda y el transporte de cascarilla de arroz⁴⁸.

Posteriormente, fue transformada a sociedad anónima hasta cuando la Asamblea General de Accionistas de esta sociedad, aprobó el día 16 de diciembre de 2010, mediante Acta No. 32, la cuenta final de liquidación. Si bien en el último certificado de existencia y representación legal, no aparece información expresa respecto a su objeto social, es de presumir que continuaban la actividad de tostado de cascarilla cruda y el transporte de cascarilla de arroz.

E. Autorización para la celebración de cesión de contratos

ALIENERGY atendiendo el requerimiento de información que le remitiera esta Entidad en el mes de mayo de 2012, remitió documentos que permiten determinar que de tiempo atrás sí participaba en actividades relacionadas con la explotación o aprovechamiento de biomásas (Es decir que su actividad no se limitaba sólo a la venta de estudios de subproductos o a la investigación, como alega el apoderado).

Lo expuesto anteriormente, tiene como fuente probatoria los siguientes documentos:

- i.) Acta de Junta Directiva No. 4 de fecha 24⁴⁹ de abril de 2009, por la cual esta Junta autoriza a su representante legal para celebrar contratos con las sociedades BIO+A S.A. y BRINSA S.A. de cesión del negocio jurídico para la recolección y retiro de subproductos derivados del perfeccionamiento de la oferta mercantil OC-00108 del 6 de octubre de 2008.
- ii.) El Acta de Junta Directiva No. 3 del 26 de marzo de 2009, por la cual se autorizo al Representante Legal a celebrar la cesión del negocio de BIO+A S.A. con ARCILLA SANTA ANA S.A.⁵⁰
- iii.) El Acta de Junta Directiva No. 4 del 24 de abril de 2009, por la cual se autorizo al Representante Legal a celebrar la cesión del negocio de BIO+A S.A. y DRESDEN INGENIERIA LTDA y PRODUCTOS CERAMICOS FLAM S.A.⁵¹

F. Ventas de cascarilla de arroz realizadas por MOLINOS FLORHUILA S.A. y MOLINOS ROA S.A. a la empresa BIO+A S.A. y a RAUL SALAMANCA SALAMANCA.

De acuerdo con la información aportada al expediente por las sociedades MOLINOS FLORHUILA S.A.⁵² y MOLINOS ROA S.A.⁵³, de tiempo atrás habían

⁴⁸ Registro único Empresarial; Cámaras de comercio. Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad ENMIENDAS SALAMANCA LTDA Véase Página Web. En: http://www.rue.com.co/RUE_WebSite/Consultas/DetalleRM.aspx?codcamara=45&matricula=0000034001 Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2012.

⁴⁹ Cuaderno público No. 2, folios 1299 y 1300 del Expediente 11-92744.

⁵⁰ Cuaderno público No. 2, folio 1298 del Expediente 11-92744.

⁵¹ Cuaderno público No. 2, folio 1299 del Expediente 11-92744.

⁵² Cuaderno Reservado 1, folio 135 del Expediente 11-92744.

celebrado negocios con la empresa BIO+A S.A. y con el señor RAUL SALAMANCA SALAMANCA, administrador de la sociedad ENMIENDAS SALAMANCA S.A., referidos estos a la adquisición de cascarilla de arroz. Respecto de esas negociaciones continuas (desde el año 2008) se reportaron las siguientes ventas de cascarilla de arroz:

RELACION DE VENTAS DE CASCARILLA DE ARROZ REALIZADAS POR MOLINOS FLORHUILA S.A. Y MOLINOS ROA S.A. A BIO+A S.A. DURANTE LOS AÑOS 2008 A JUNIO DE 2011			
VENDEDOR	COMPRADOR	AÑO	CANTIDAD EN KILOGRAMOS
MOLINOS FLORHUILA S.A.	BIO+A S.A.	2008	9.227.910,00
MOLINOS ROA S.A.	BIO+A S.A.	2008	54.319.885,00
MOLINOS ROA S.A.	BIO+A S.A.	2009	25.305.914,00
MOLINOS ROA S.A.	BIO+A S.A.	2010	6.775.770,00

RELACION DE VENTAS DE CASCARILLA DE ARROZ REALIZADAS POR MOLINOS FLORHUILA S.A. Y MOLINOS ROA S.A. A RAÚL SALAMANCA SALAMANCADURANTE LOS AÑOS 2008 A JUNIO DE 2011			
VENDEDOR	COMPRADOR	AÑO	CANTIDAD EN KILOGRAMOS
MOLINOS ROA S.A.	RAÚL SALAMANCA SALAMANCA	2009	7.344.411,00
MOLINOS ROA S.A.	RAÚL SALAMANCA SALAMANCA	2010	2.143.335,00
MOLINOS FLORHUILA S.A.	RAÚL SALAMANCA SALAMANCA	2009	8706760
MOLINOS FLORHUILA S.A.	RAÚL SALAMANCA SALAMANCA	2010	1.174.500,00

4.3.3.1.3 Conclusión respecto al supuesto subjetivo

De lo reseñado anteriormente, sobre los usos de la cascarilla de arroz y de su origen como subproducto de la trilla de arroz, y atendiendo a los objetos sociales de las compañías MOLINOS ROA S.A., MOLINOS FLORHUILA y ALIENERGY S.A., se tiene que:

- i) MOLINOS ROA S.A. y MOLINOS FLORHUILA pertenecen a la misma actividad agropecuaria referida en el caso concreto a compra, procesamiento y venta de arroz.
- ii) ALIENERGY S.A. está dentro de la misma cadena de valor –industria arrocera- dado que es una empresa dedicada al aprovechamiento industrial de la biomasa, incluida en esa categoría la denominada *cascarilla de arroz*, subproducto del proceso industrial de la actividad molinera, y definida como insumo para la generación de energías alternativas.
- iii) Contrario a lo argumentado por la defensa de las sociedades que intervinieron en la operación, ALIENERGY empezó a desarrollar actividades relacionadas con procesamiento y transformación de biomásas y subproductos de la industria arrocera, antes del mes de diciembre de 2009, al adquirir la propiedad de todos los proyectos de la empresa Bio+a S.A, en los que como insumo se usa cascarilla de arroz.

⁵³Cuaderno Reservado 1, folio 135 del Expediente 11-92744.

Adicionalmente se conoció que ALIENERGY adquirió el 6% de las acciones de ENMIENDA SALAMANCA S.A., en el año 2009. Dicha operación habría tenido como finalidad acceder a eficiencias para la comercialización de cascarilla de arroz. Todos estos hechos ocurrieron con anterioridad a la adquisición de control de ALIENERGY por parte de MOLINOS ROA S.A. y MOLINOS FLORHUILA S.A.

Para arribar a esta conclusión, resulta irrefutable lo informado en el Informe de Gestión del año 2009 en el que se informó a la Junta y accionistas:

“Señores Accionistas:

“(...) El 2009, año de constitución de la compañía, ha representado grandes retos para la ejecución de los proyectos heredados de Bio+a S.A. (...)”

Téngase en cuenta que la administración de la sociedad da noticia de la ejecución de los proyectos, no de negocios futuros o en estado de valoración de la empresa sino de actividades ejecutadas. En ellas, obviamente, y como lo respaldan los datos de compra de insumos a los Molinos Roa y Flor Huila, estaba involucrado el producto cascarilla de arroz, que no es otro que el resultado de la trilla de arroz llevado a cabo por los molinos que hoy se investigan. La verificación de estos negocios y actividades es lo que permite ubicar a ALIENERGY en la misma cadena de valor de las actividades de Molinos Roa y Flor Huila.

- iv) Por las razones expuestas, encuentra la autoridad de competencia que la operación evaluada, configura una integración de carácter vertical, toda vez que las empresas involucradas en la operación se encontraban en la misma cadena de valor.

4.3.3.2. Supuesto objetivo

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, el supuesto objetivo se refiere a que la operación supere un límite determinado de activos medido en salarios mínimos legales mensuales, o una participación de mercado. Así pues, este supuesto se presenta cuando los activos o ingresos operacionales individual o conjuntamente considerados de las empresas investigadas, se sitúen por encima de 150.000 SMLMV y además pretendan fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse, independientemente de la forma jurídica que proyecten llevar a cabo.

4.3.3.2.1 El monto de los Activos e Ingresos Operacionales

Si consideramos que para el 2008, año anterior al que se llevó a cabo la operación el salario mínimo legal estaba fijado en \$461.500⁵⁴ se tiene entonces que para el año 2009, el deber de información previa de los procesos de integración empresarial recaía sobre aquellas operaciones en las que el monto de los activos, o de los ingresos operacionales, individuales o en conjunto, de las empresas intervinientes superaba los 100.000 SMLMV, que correspondían a \$46.150.000.000.

En este orden de ideas, las sociedades investigadas al momento de llevarse a cabo la operación que se analiza, tenían sus activos e ingresos operacionales valorados como se indica a continuación:

⁵⁴ Decreto 4965 del 27 de diciembre de 2007.

SOCIEDAD	ACTIVOS TOTALES 2008	INGRESOS OPERACIONALES 2008
ALIENERGY S.A.	0	0
MOLINOS FLORHUILA S.A.	190.508.303.000	381.675.201.000
MOLINOS ROA S.A.	372.074.121.000	654.642.172.000
TOTAL	562.582.424.000	1.036.317.373.000

Siendo así, queda claro entonces, que los activos totales y los ingresos operacionales reportados para el año 2008 de las empresas investigadas se situaban por encima de \$46.150.000.000., correspondiente al umbral de los 100.000 SMLMV previsto en Resolución 22195 de 2006. Por tanto, se cumple con el supuesto objetivo necesario para informar la operación de integración.

4.3.3 Naturaleza de la operación

Se hace necesario precisar, si con lo expuesto en líneas anteriores, la compra de acciones del 52% de las acciones ordinarias de la empresa ALIENERGY S.A., por parte de las sociedades MOLINOS ROA S.A. Y MOLINOS FLORHUILA S.A., configura una integración empresarial en cualquiera de sus modalidades.

Sea lo primero poner de presente que no se observa una integración horizontal entre las empresas investigadas, por cuanto en el objeto social de las sociedades adquirentes, esto es MOLINOS FLORHUILA S.A. y MOLINOS ROA S.A., no se contempla el desarrollo de actividades como la promoción, consumo y compraventa de biomásas, el aprovechamiento de combustibles alternativos, el aprovechamiento de materias y/o biomásas de otras industrias o procesos productivos generándoles valor agregado y que puedan ser aplicados a la industria de la construcción o el desarrollo de proyectos de energía de origen renovable.

Sin embargo, como se mencionó con anterioridad en el capítulo referido a la cadena del arroz, las actividades desarrolladas por ALIENERGY S.A. hacen parte de la misma cadena de valor del mercado arrocero, por cuanto la cascarilla de arroz es una biomasa que resulta vital para el desarrollo de las actividades de esta última empresa. El desarrollo e investigación de este subproducto de la industria arrocera lo ha tornado de gran valor para sustituir combustibles fósiles o para desarrollar energías renovables, así como para la preparación y fabricación de productos usando material orgánico.

Dentro de las integraciones horizontales y verticales, existe una modalidad de integración denominada "**Adquisición de Control**". De acuerdo con el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, se considera que hay una situación de subordinación o control societario cuando el poder de decisión de una sociedad está, directa o indirectamente, sometido a la voluntad de otra u otras personas llamadas matriz o controlante. La misma ley 222 en su artículo 27 establece tres hipótesis de subordinación, de las cuales resaltamos, por resultar adecuada a los hechos materia de investigación, la siguiente:

"Ley 222 de 1995, artículo 27: Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las, acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto (...)"

Este presupuesto de subordinación, está referido al control mayoritario de capital por parte de una persona. Está establecido para sociedades de capital donde a

mayor inversión de capital mayor poder decisorio en los órganos sociales, y para que se configure, se exige tener más de la mitad de participaciones en que se divide el capital social de una sociedad

4.3.4 La operación de integración realizada

En el presente caso, se observa que la figura de integración realizada entre las sociedades investigadas, consistió en la *adquisición de control* como se detalla a continuación:

De acuerdo a lo establecido en el artículo 406 del Código de Comercio: *“La enajenación de acciones nominativas podrá hacerse por el simple acuerdo de las partes; más para que produzca efecto respecto de la sociedad y de terceros, será necesaria su inscripción en el libro de registro de acciones, mediante orden escrita del enajenante (...)”*.

El día 7 de diciembre de 2009, la sociedad ALIENERGY S.A. convocó una reunión extraordinaria de la Asamblea General de Accionistas en la cual se autorizó a la Junta Directiva para colocar acciones sin sujeción al derecho de preferencia a favor de MOLINOS ROA S.A. y MOLINO FLOR HUILA. Al respecto, en el Acta No.1 de la Asamblea General de Accionistas⁵⁵ se consignó lo siguiente:

“ Acta No. 1

El presidente propone a la Asamblea General de Accionistas autorizar a la Junta Directiva de la Sociedad a colocar hasta 10.833 acciones ordinarias de la sociedad en Molino Flor Huila y en Molinos Roa S.A. y en consecuencia sin sujeción al derecho de preferencia.

“(...)Estudiada la anterior propuesta, la Asamblea General de Accionistas de Alienergy S.A., en uso de sus atribuciones legales y estatutarias y con el voto unánime de los presentes

“Resuelve

Autorizar a la Junta Directiva a colocar hasta 10.833 acciones ordinarias de la sociedad sin sujeción al derecho de preferencia, en Molino Flor Huila S.A. y Molinos Roa S.A (...)”.

El día 9 de diciembre de 2009, la sociedad ALIENERGY S.A. llevó a cabo una reunión extraordinaria de la Junta Directiva en la cual, y dada la inicial autorización impartida por la Asamblea de Accionistas, se resolvió expedir y aprobar el Reglamento de Colocación de Acciones de Alienergy S.A. con el fin de emitir y ofrecer en suscripción a la sociedad **Molinos Roa S.A., 7.083 acciones ordinarias** de ALIENERGY S.A. y a la sociedad **Molino Flor Huila S.A., 3.750 acciones ordinarias** de ALIENERGY S.A.

Al respecto, en el Acta No. 5 correspondiente a la reunión de la Junta Directiva⁵⁶ se registró lo siguiente:

“(...) Considerando

- 1. Que la sociedad tiene actualmente 10.833 acciones ordinarias en reserva.*
- 2. Que la Asamblea General de accionistas en su sesión del 7 de diciembre de 2009 autorizó a esta Junta, colocar hasta 10.833 acciones ordinarias sin sujeción al derecho de preferencia a favor de Molinos Roa y Molino Florhuila*

“Resuelve:

⁵⁵ Cuaderno Público 1, folio 1194-1196 del Expediente 11-92744.

⁵⁶ Cuaderno Público 1, folio 1201-196 del Expediente 11-92744.

"Primero: Emitir 10.833 acciones ordinarias de Alienergy

"Segundo: Ofrecer en suscripción a la sociedad Molinos Roa S.A., 7.083 acciones ordinarias de Alienergy S.A., cuyo precio será el valor nominal de las mismas, es decir, la suma de \$10.000 y una prima en colocación de acciones de \$451.552,6632 por acción, para un precio total de la suscripción de \$3.269.177.513,15. (...)

"Cuarto: Ofrecer en suscripción a la sociedad Molino Flor Huila S.A., 3.750 acciones ordinarias de Alienergy S.A., cuyo precio será el valor nominal de las mismas, es decir, la suma de \$10.000 y una prima en colocación de acciones de \$451.552,6632 por acción, para un precio total de la suscripción de \$1.730.822.486,85(...)"

El 22 de diciembre de 2009, el señor HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, actuando como Representante Legal de las sociedades MOLINOS FLORHUILA S.A.⁵⁷ y MOLINOS ROA S.A.⁵⁸, remitió dos cartas, cada una a nombre de las empresas que representaba, en las cuales aceptó la oferta de suscripción de acciones. Dichas comunicaciones aparecen fechadas el 18 de diciembre de 2009, y dan cuenta de los términos y condiciones que acordaron las partes para la negociación celebrada así como su forma de pago. Adicionalmente a las mencionadas comunicaciones se adjuntaban los documentos que acreditaban el pago de la tercera parte del valor total de la suscripción aceptada. La verificación de la información e instrucciones contenidas en esas cartas permite deducir que el contrato de compraventa de acciones se realizó el día 22 de diciembre de 2009. La correspondiente inscripción en el registro de accionistas de ALIENERGY debió realizarse en fecha posterior.

Por otra parte, y de acuerdo con el informe de gestión de ALIENERGY S.A del año 2009, corroborada con información remitida por la misma empresa a esta Entidad para atender requerimientos formulados con ocasión de la presente investigación, se encontró que la composición accionaria de Alienergy S.A. reportada para el año 2009 sufrió modificaciones respecto de lo informado para el año 2010. Dicha modificación se refería a la venta del 34% de sus acciones a Molinos Roa S.A. y 18% de sus acciones a Molino Florhuila S.A., para un total de 52% de las acciones. Esto conllevó el correspondiente aumento de capital de la compañía, lo cual habría de producirse hacia el mes de enero de 2010.

ACCIONISTAS	2009		2010	
	No. de Acciones	% Participación	No. de Acciones	% Participación
Goldensprings Manegment Corporation	9.400	94%	9.400	45,12%
Nucleo Consultores S.A	300	3%	300	1,44%
Nathalia Echavarría Omaña	100	1%	100	0,48%
Jairo Antonio Echavarría	100	1%	100	0,48%
Oscar Julian Echavarría Omaña	100	1%	100	0,48%
MOLINOS ROA S.A.			7.083	34,00%
MOLINOS FLORHUILA S.A			3.750	18,00%
TOTAL	10.000	100%	20.833	100%

⁵⁷ Cuaderno Público 1, folio 1202 del Expediente 11-92744.

⁵⁸ Cuaderno Público 1, folio 1203 del Expediente 11-92744.

El análisis anterior refleja que las sociedades investigadas MOLINOS FLORHUILA S.A. y MOLINOS ROA S.A., con ocasión de la operación llevada a cabo en el mes de diciembre de 2009, ostentan la mayoría accionaria (52% de las acciones), lo que les permitió adquirir el control sobre la sociedad ALIENERGY S.A, porque adquirieron con esa participación mayoritaria en el capital de la empresa adquirida, el poder de influenciar las decisiones de la misma.

4.3.5 Deber de información previa

Los artículos 9 y 11 de la Ley 1340 de 2009, confieren a la Superintendencia de Industria y Comercio las funciones y facultades para, respectivamente, establecer: (i) el monto de los ingresos operacionales y los activos que se tienen en cuenta para definir la obligación de reporte y control de las integraciones empresariales; y (ii) los eventos en que, a pesar que se ha acreditado la existencia de una integración que tiende a producir una indebida restricción de la libre competencia, existan a su juicio elementos para considerar que sujeta a determinadas condiciones, se asegure la preservación efectiva de la competencia.

A su vez, en el artículo 25 *ibidem*, se dispone la facultad sancionatoria de esta Entidad, cuando se establezca, entre otros supuestos, que se está ante la omisión de las órdenes e instrucciones que imparta la SIC, **o ante el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial** o las derivadas de su aprobación bajo condiciones.

La razón de ser de que las empresas con la intención de integrarse deban cumplir con el deber de información previa, consiste en que la autoridad de competencia pueda entrar a verificar que la operación que se pretende adelantar, no suponga una concentración indebida del mercado al generar una restricción de la oferta, la eliminación de los competidores, o la posibilidad de que el ente resultante de la integración quede en condición de determinar precios inequitativos.

De modo pues, que las integraciones que deben informarse son las de aquellas empresas que desarrollen o bien la misma actividad, o bien concentren sus actividades en mercados verticalmente relacionados, es decir, en ramas de actividades complementarias, de ahí que la norma establezca el deber para las empresas que desarrollan la misma actividad económica o participan en la misma cadena de valor, de informar de manera previa los procesos de integración que pretendan adelantar.

4.3.6. Infracción al deber de informar

De conformidad con lo expuesto en la Resolución N° 42857 del 18 de agosto de 2011, por medio de la cual se ordenó la apertura de la presente investigación, esta Delegatura decidió indagar acerca del comportamiento de las sociedades investigadas, en relación con la compraventa de acciones de ALIENERGY, con el fin de determinar si se había actuado en contravención de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

Revisada la documentación que obra en el expediente, no se encuentra información alguna que dé cuenta del cumplimiento al deber legal de información previa al que estaban sujetos las empresas MOLINOS ROA S.A., MOLINO FLORHUILA S.A. y ALIENERGY S.A.

4.4. RESPONSABILIDAD DE PERSONAS NATURALES Y REPRESENTANTES LEGALES

De conformidad con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, estará sujeto a las sanciones

allí descritas aquel que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas contrarias a las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y demás normas complementarias.

En este sentido, la responsabilidad personal puede derivarse de una acción u omisión por parte del administrador o, en este caso, el Presidente de la compañía, o su Gerente General, acreditada su calidad de Representante Legal. La precisión reviste especial importancia, si se tiene en cuenta que lo previsto en el numeral 16 no exige que las personas naturales que resulten incurso en el comportamiento descrito ejecuten directamente el acto o que lo autoricen. Sobre dicho precepto, esta Superintendencia ha señalado que:

"... para que se configure la responsabilidad de los administradores y representantes legales por la infracción a las normas sobre libre competencia, necesariamente debe haberse establecido la responsabilidad de la empresa a que pertenecen."⁵⁹

4.4.1. Responsabilidad de las Personas jurídicas

Resultando acreditado como lo demuestra el análisis de las pruebas contenido en el presente informe, que las sociedades **MOLINOS ROA S.A., MOLINO FLOR HUILA S.A. y ALIENERGY S.A.** emprendieron un proceso de negociación previamente evaluado por cada una de las empresas intervinientes, sometido a consideración de sus respectivos órganos directivos y finalmente aprobado, se encuentra que para el perfeccionamiento de dicho negocio, como era el deber legal, no se contempló ni observó el paso previo de someterlo a análisis y concepto de la autoridad de competencia. Por estas razones, cabe deducir la responsabilidad de estas empresas en la infracción de la norma.

Esta Delegatura recomienda al señor Superintendente, sancionar con la multa que resulte de aplicar el procedimiento de dosimetría de multas por prácticas restrictivas de la competencia, a las sociedades **MOLINOS ROA S.A., MOLINO FLOR HUILA S.A. y ALIENERGY S.A.**, por resultar acreditado con las pruebas que se allegaron al expediente en el curso del proceso, que incumplieron el deber de información previa y de esa forma infringieron lo mandado en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la ley 1340 de 2009.

4.4.2. Responsabilidad de los representantes legales y personas naturales

Corresponde ahora establecer respecto de cada uno de los representantes legales investigados, si los mismos ejecutaron o toleraron la conducta objeto de reproche, con el fin de determinar el grado de responsabilidad de cada uno de ellos.

Para determinar la responsabilidad de las personas que actuaron como representantes legales de las empresas que participaron en la integración empresarial analizada, resultaron fundamentales las siguientes pruebas:

A. Por parte de MOLINOS ROA y FLOR HUILA.

A.1. Pruebas testimoniales.

En interrogatorio rendido el día 1 de junio de 2012 ante esta Superintendencia por el señor ANÍBAL ROA VILLAMIL, Presidente y representante legal de **MOLINOS ROA S.A. y MOLINOS FLORHUILA S.A.**, declaró lo siguiente:

(...) Pregunta Despacho: ¿El señor Hernando Rodríguez Rodríguez es el gerente general?

⁵⁹ Resolución SIC 28350 del 22 de noviembre de 2004.

"Respuesta: Es el gerente general.

Pregunta Despacho: ¿Y él le comunica las decisiones que se toman al interior de ROA y de FLORHUILA?

"Respuesta: Él tiene todas las atribuciones para decidir lo que se debe hacer, escasamente yo vengo a algunas reuniones.

Pregunta Despacho: ¿El señor HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ le comunica las decisiones que él toma al interior de ROA y de FLORHUILA?

"Respuesta: Él tiene autonomía para decidir todo lo que se debe hacer. (...)

Pregunta Despacho: ¿Señor Aníbal usted sabe quien representó a las sociedades ROA y FLORHUILA en ese proceso de compra de acciones?

"Respuesta: Ya les dije que el representante general es Hernando Rodríguez Rodríguez. Él es representante o gerente general.

Pregunta Despacho: ¿Pero la pregunta es: si específicamente para esa operación él fue quien representó....?

Respuesta: El es el gerente general de las sociedades (...)"

En interrogatorio rendido el día 1 de junio de 2012 ante esta Superintendencia por el señor HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Gerente General y representante legal de MOLINOS ROA S.A. y MOLINOS FLORHUILA S.A., declaró lo siguiente:

(...) Pregunta Despacho: ¿Señor HERNANDO, cuáles son las funciones principales que usted desarrolla como gerente general de las compañías ROA y FLORHUILA?

"Respuesta: Como Gerente General de MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA tengo la representación legal, mi responsabilidad es organizar, planear, estructurar y ejecutar, y controlar todas las actividades del movimiento de la empresa interno y externo.

Pregunta Despacho: ¿Señor Hernando, conoció usted la operación por medio de la cual MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA adquirieron acciones de la sociedad ALIENERGY?

"Respuesta: Sí, yo las ejecute, con la aprobación de la Presidencia de las empresas y de la Junta Directiva. (...)

Pregunta Despacho: ¿Es de su conocimiento, cómo participó el señor Jairo Antonio Echavarría Bustamante en el proceso de compra accionaria de ALIENERGY por parte de ROA y FLORHUILA?

"Respuesta: Sí, tengo entendido que unas empresas de la familia de él, eran las dueñas de esas acciones, unas razones sociales, no recuerdo si él personalmente, pero sí él. Con él fue que hicimos la transacción, él como representante de sus empresas y yo como representante de ROA y FLORHUILA (...)"

A.2. Pruebas documentales.-

Comunicación de fecha 22 de diciembre de 2009⁶⁰, dirigida al Señor Jairo Echavarría Gerente de Alienergy, por la cual Molinos Flor Huila S.A., acepta la oferta de suscripción de acciones fechada el 18 de diciembre de 2009, en los términos y condiciones allí establecidas.

Comunicación de fecha 22 de diciembre de 2009⁶¹, dirigida a Alienergy, por la cual Molino Roa S.A., acepta la oferta de suscripción de acciones formulada el 18 de diciembre de 2009.

En dichas comunicaciones, el señor Hernando Rodríguez Rodríguez, informa que previa autorización de su Junta Directiva, procede a confirmar el negocio referido a la compra de las acciones de la empresa ALIENERGY.

Las referidas comunicaciones son pruebas documentales que reflejan el proceso previo de conocimiento, ejecución y tolerancia que observó el señor RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ en la conducta que se reprocha, referida a la omisión e incumplimiento del deber de informar la operación en la cual intervino activamente y de manera directa.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente y del análisis hecho en líneas anteriores, esta Delegatura puede concluir, que el señor HERNANDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Gerente General y Representante Legal de las sociedades MOLINOS ROA S.A. y MOLINOS FLORHUILA S.A. incurrió en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber conocido, intervenido y ejecutado la operación de integración por adquisición de control de la empresa ALIENERGY S.A., en contravención de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

Para la anterior imputación de responsabilidad, no resulto ajeno para esta Delegatura que el señor HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, actuó con la previa autorización de la Presidencia y las Juntas Directivas de las empresas que él representa.

B. Por parte de ALIENERGY

B.1. Pruebas testimoniales .-

En interrogatorio rendido el día 22 de mayo de 2012 ante esta Superintendencia por el señor JAIRO ANTONIO ECHAVARRÍA BUSTAMANTE, Gerente y Representante Legal de la empresa ALIENERGY S.A. para la época de los hechos investigados, declaró lo siguiente:

"(...) Pregunta Despacho: ¿Señor Jairo, usted ha ocupado algún cargo en la sociedad ALIENERGY?

"Respuesta: Sí.

"Pregunta Despacho: ¿Qué cargo ha desempeñado, y durante cuánto tiempo?

"Respuesta: Estuve como representante legal, Gerente, aproximadamente un año.

⁶⁰ Copia de dichas comunicaciones están incorporadas al presente expediente 11 92744 a folios 1202 y 203 del cuaderno Público No. 1

⁶¹ Copia de dichas comunicaciones están incorporadas al presente expediente 11 92744 a folios 1202 y 203 del cuaderno Público No. 1

“Pregunta Despacho: ¿Para qué época fue eso?”

“Respuesta: 2009, principios del 2010, pero no tengo muy claras las fechas. (...)

“Pregunta Despacho: ¿Usted conoció el proceso por medio del cual la sociedad ROA y FLORHUILA compraron acciones de la sociedad ALIENERGY?”

“Respuesta: Sí.

“Pregunta Despacho: ¿Nos puede comentar cuando se dio ese proceso?”

“Respuesta: Se dió en el año 2009, en donde ...

“Pregunta Despacho: ¿En qué mes?”

“Respuesta: No recuerdo exactamente, a finales. Yo les vendí un porcentaje de la sociedad, que en ese momento era de mayor porcentaje mío.

“Pregunta Despacho: ¿Por qué las sociedades ROA y FLORHUILA se interesaron en ese proceso de compra de acciones de la sociedad ALIENERGY?”

“Respuesta: Porque como le dije, ALIENERGY es la compañía que se dedica al manejo de residuos industriales y agroindustriales, y tiene mucho que ver en el ámbito ambiental, y tengo entendido que a ROA le intereso mucho entrar a dar responsabilidad ambiental, a ser responsable ambiental partiendo primeramente con sus socios. (...)

“Pregunta Despacho: ¿Esta compañía BIO+S.A., sabe usted a que se dedicaba, cuál era su actividad comercial?”

“Respuesta: Era una actividad muy similar a la de ALIENERGY. (...)

“Pregunta Despacho: ¿En algún momento de la relación comercial entre ALIENERGY y BIO+S.A., BIO+S.A. le transfirió proyectos a ALIENERGY?”

“Respuesta: Sí.

“Pregunta Despacho: ¿Que proyectos le transfirió?”

“Respuesta: No recuerdo exactamente, pero eran proyectos de cenizas, de termoeléctricas, de residuos de Brinsa, de Refisal, y otros pero no recuerdo, eran unos proyectos que ya iban en camino, y en estudio (...).

B.2 Pruebas documentales.-

1. Copias de las Actas correspondientes a las reuniones extraordinarias de la Asamblea de Accionistas y de la Junta Directiva de Alienergy, en las cuales se da cuenta de la oferta de suscripción de acciones a las sociedades Molino Flor Huila y Molinos Roa S.A.
2. Copia del Acta No. 5 correspondiente a la reunión de la Junta Directiva de fecha 9 de diciembre de 2009, en la cual se autoriza al gerente para esa época, señor Jairo Echavarría Bustamante, para liderar y adelantar el correspondiente proceso de emisión de acciones.

3. Copias de los Informes de Gestión del Gerente y Representante legal de Alienergy presentados a los órganos directivos en diciembre del año 2009.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente y del análisis hecho en líneas anteriores, esta Delegatura puede concluir que, el señor JAIRO ANTONIO ECHAVARRÍA BUSTAMANTE, Gerente General y Representante Legal de la sociedad ALIENERGY S.A., para la época de los hechos investigados, incurrió en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber intervenido, facilitado y ejecutado la operación de integración por adquisición de control de la empresa ALIENERGY S.A., en contravención de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

También, como en el caso anterior, esta Delegatura tuvo en cuenta que el señor JAIRO ANTONIO ECHAVARRÍA BUSTAMANTE, actuó previo conocimiento y autorización de la operación impartidas por la Asamblea General de Accionistas y la Junta Directiva de la empresa que el representaba, esto era de ALIENERGY.

4.4.3 Conclusiones respecto a la responsabilidad de los señores Anibal Roa Villamil y Maria Isabel Lasso

Respecto a estas dos personas naturales, y con base en el análisis de la información aportada al expediente, encuentra esta Delegatura que no tuvieron participación en las etapas previas de negociación, ni las de perfeccionamiento de la operación analizada, referida a la compra de acciones de la sociedad ALIENERGY.

Para el caso del señor ANIBAL ROA VILLAMIL, en la medida que declaró y respaldó con documentos que había delegado todo el trámite referido a esta operación en el señor HERNANDO RODRÍGUEZ R. y respecto de MARIA ISABEL LASSO, por cuanto se acreditó que fue nombrada por la Junta Directiva con posterioridad al perfeccionamiento de la operación analizada.

Con fundamento en lo expuesto, resultaría acreditada la responsabilidad de los señores HERNANDO RODRÍGUEZ RODRIGUEZ y JAIRO ANTONIO ECHAVARRÍA BUSTAMANTE, como personas naturales vinculadas a la presente investigación, por lo que esta Delegatura recomienda al señor Superintendente sancionar con la multa que resulte de aplicar el procedimiento de dosimetría por prácticas restrictivas de la competencia, por haber autorizado, ejecutado y/o tolerado la infracción de que trata el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

5. Conclusiones

Del material probatorio recaudado en el transcurso de la investigación, pudo establecerse que la operación realizada dio lugar a una operación de integración empresarial, a la luz de los presupuestos establecidos en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009. Dicha operación, conforme se determinó en el presente informe, **no fue notificada ni informada a esta Superintendencia.**

En consecuencia, la conducta de las investigadas constituyó violación de las normas que establecen el deber legal de notificar o informar tales operaciones, por tal razón, se recomienda sancionar a las precitadas empresas y a sus representantes legales para la época de los hechos investigados, referida en el caso concreto a la operación de compraventa de acciones ampliamente ilustrada en el presente informe.

Terminada la etapa probatoria se procede a poner en conocimiento del señor Superintendente de Industria y Comercio y de los investigados el presente Informe Motivado, en los términos del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

Atentamente,



CARLOS PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR
Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia

Elaboraron: Angelica Areiza/ Blanca Castro /Madia Ortega /Nicolás Lezaca
Revisó: Julio Castañeda
Aprobó: Carlos Pablo Márquez