

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**  
**SECCIÓN PRIMERA**  
**SUBSECCIÓN "A"**

Bogotá, D.C., siete (7) de mayo de dos mil quince (2015).

**Magistrado Ponente: Dr. LUIS MANUEL LASSO LOZANO**

**Ref: Exp. N° 250002341000201302739-00**

**DEMANDANTE: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS**

**DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y  
COMERCIO**

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL  
DERECHO**

**SENTENCIA**

**SISTEMA ORAL**

Decide el Tribunal sobre la demanda interpuesta por las sociedades Molinos Florhuila S.A., Molinos Roa S.A. y Alienergy S.A. y por los señores Hernando Rodríguez Rodríguez y Jairo Antonio Echavarría Bustamante, a través de apoderado judicial, contra la Superintendencia de Industria y Comercio.

**La demanda**

Con base en memorial radicado el 27 de noviembre de 2013 las sociedades Molinos Florhuila S.A., Molinos Roa S.A. y Alienergy S.A. y los señores Hernando Rodríguez Rodríguez y Jairo Antonio Echavarría Bustamante, mediante apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011-, solicitaron que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos (Fls. 1 a 31 c.1.).

Resolución No. 3703 de 5 de febrero de 2013, artículos 1, 2, 3, 4 y 6, "Por la cual se imponen unas sanciones", proferida por el Superintendente de Industria y Comercio (Fls. 76 a 113 c.1.).

Resolución No. 20874 de 23 de abril de 2013, artículo 1, "Por la cual se resuelve un recurso de reposición", expedida por el funcionario antes mencionado (Fls. 48 a 75 c.1.).

Como consecuencia de lo anterior pidió a título de restablecimiento del derecho (i) se exonere a los demandantes de cualquier responsabilidad por la supuesta infracción de la Ley 1340 de 2009, así como del pago de las multas impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio con ocasión de la expedición de los actos acusados.

A título de reparación del daño solicitó que se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios patrimoniales en su modalidad de daño emergente y el pago de los intereses moratorios a la máxima tasa legal, a partir de la ejecutoria de la providencia que resuelve la litis.

Finalmente, pidió que se condene en costas y en agencias en derecho a la entidad demandada.

La demandante expresó como fundamento de su demanda los siguientes **hechos**.

El artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 señala: "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 en la obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada".

Roa y Florhuila compraron el 52% de las acciones de Alienergy mediante contrato celebrado el 22 de octubre de 2009; en los certificados de existencia y representación legal de Roa y Florhuila se contempla como objeto social el de procesar y vender arroz, mientras que en el certificado de existencia y representación legal de Alienergy se observa que el objeto social consiste en "la planeación y planificación, estructuración, financiación, operación

y comercialización de proyectos que protejan y conserven el medio ambiente y/o que promuevan o contribuyan con el desarrollo sostenible desde una perspectiva medioambiental.", lo que significa que Florhuila y Roa respecto de Alienergy no se dedican a la misma actividad económica, como lo exige el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, para que deba informarse una operación de integración.

Además, Roa, Florhuila y Alienergy tampoco participaban de la misma cadena de valor, para el día 22 de diciembre de 2009, fecha de la integración.

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, lo que quiere decir que el contrato de compraventa de acciones es consensual y en el presente caso quedó perfeccionado el 22 de diciembre de 2009.

Para el año 2009 Alienergy no hacía parte de ningún negocio relacionado con la comercialización o transformación de arroz, ni de cascarilla y los únicos ingresos que recibió provinieron de "(...) 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."

La Superintendencia de Industria y Comercio supuso que al momento en el que se produjo la compraventa de acciones entre dichas sociedades, Alienergy se dedicaba al aprovechamiento industrial de la biomasa denominada cascarilla de arroz, cuando la primera compra de cascarilla de arroz por parte de Alienergy fue el 4 de abril de 2010, esto es, 4 meses después de la integración, cuando empezó a ejecutar el contrato de suministro celebrado el 2 de abril de 2010.

Mediante Resolución No. 56629 de 18 de octubre de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio abrió investigación aduciendo que las sociedades Roa, Florhuila y Alienergy, habían llevado a cabo una integración empresarial, sin haber informado previamente a dicha entidad, omitiendo que al momento de producir la adquisición de acciones, ni con

anterioridad, tales sociedades no se encontraban en ninguno de los supuestos esenciales para que la integración fuese puesta en conocimiento de las autoridades por mandato de la ley.

El 3 de octubre de 2012, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó al Superintendente de Industria y Comercio el informe motivado, del cual se dio traslado a los investigados, quienes presentaron sus observaciones.

El Superintendente de Industria y Comercio expidió la Resolución No. 3703 de 5 de febrero de 2013, mediante la cual impuso sanciones pecuniarias a los demandantes.

Contra la anterior decisión, los demandantes presentaron recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 20874 de 23 de abril de 2013, en el sentido de confirmar la decisión recurrida; tal resolución fue notificada el 12 de junio de 2013 en tanto se efectuó a través del aviso No. 6390, entregado el 11 de junio de 2013.

El 11 de octubre de 2013 se solicitó la conciliación extrajudicial, la cual se llevó a cabo en audiencia celebrada el 26 de noviembre de 2013, la cual se declaró fallida.

La parte demandante señaló como normas vulneradas las siguientes.

Constitución Política, artículo 29.

Ley 1340 de 2009, artículo 9.

Código de Procedimiento Civil, artículos 174, 175 y 187.

El alcance de las vulneraciones constitucionales y legales aducidas se analizará en la oportunidad pertinente al resolver sobre los reproches formulados contra los actos cuestionados.

**Actuaciones procesales**

Por auto de 24 de febrero de 2014 se inadmitió la demanda y se concedió un término de 10 días a la parte actora para que la corrigiera (Fl. 125 c.1.).

En escrito de 6 de marzo de 2014 el apoderado de la parte demandante subsanó la demanda (Fls. 126 y 127 c.1.).

Mediante proveído de 21 de mayo de 2014 se admitió la demanda; se dispuso notificar personalmente al Superintendente de Industria y Comercio o a quien éste hubiere delegado para ello, en la dirección de correo electrónico, y al señor Agente del Ministerio Público; se fijaron los gastos ordinarios del proceso; se dispuso correr traslado de la demanda; se previno a la entidad demandada respecto de lo contemplado por el artículo 175 de la Ley 1437 de 2011; se ordenó notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y, por estado, a la parte demandante; así mismo, se reconoció personería al apoderado de la parte demandante (Fls. 129 a 131 c.1.).

Según constancia secretarial de 11 de agosto de 2014, en la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no corrieron términos judiciales durante los días 29 y 30 de julio y entre el 1 al 8 de agosto de 2014 debido a que el personal de los sindicatos de la Rama Judicial, impidieron el ingreso de los empleados y del público a las instalaciones del Tribunal (Fl. 153 c.1.).

En escrito radicado el 22 de septiembre de 2014 el apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio contestó la demanda (Fls. 154 a 188 c.1.).

Según constancia secretarial de 13 de enero de 2015, en la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no corrieron términos judiciales desde el 9 de octubre hasta el 19 de diciembre de 2014 debido a que el personal de uno de los sindicatos de la Rama Judicial impidió el ingreso de los empleados y del público en general (Fl. 213 c.1.).

Mediante auto de 3 de febrero de 2015 se fijó fecha para la realización de la audiencia inicial que prevé el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 (Fl. 215 c.1.).

**AUDIENCIA INICIAL**

El 16 de febrero de 2015 se llevó a cabo la audiencia inicial a la que compareció el apoderado de la parte demandada, no así el apoderado de la parte demandante y el Ministerio Público, este último presentó excusa por su inasistencia; de la misma, se elaboró la respectiva acta que recogió los siguientes aspectos (Fls. 219 a 222 c.1.):

(i) el Despacho leyó el contenido del numeral 4 del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, para tratar el tema de la inasistencia del apoderado de la parte demandante;

(ii) no se advirtió irregularidad alguna que debiera ser saneada;

(iii) no se propusieron excepciones previas en la contestación de la demanda;

(iv) se fijó el litigio;

(v) se observó la fase de conciliación, la cual fracasó;

(vi) no obra solicitud de medida cautelar;

(vii) con respecto al decreto de pruebas se incorporaron formalmente al proceso los documentos allegados por las partes;

(viii) finalmente, dispuso el Magistrado prescindir de la audiencia de pruebas y de la audiencia de alegatos y juzgamiento, por lo que mediante auto ordenó a las partes la presentación por escrito de sus alegatos e informó que el Tribunal se reuniría para dictar sentencia dentro de los 20 días

siguientes a la culminación del término de traslado para presentar alegatos de conclusión<sup>1</sup>.

En memorial radicado el 17 de febrero de 2015, el apoderado de la parte demandante allegó excusa médica para justificar su inasistencia a la audiencia inicial (Fls. 224 y 225 c.1.).

**Conducta procesal de la demandada**

La Superintendencia de Industria y Comercio, mediante apoderado judicial debidamente acreditado, presentó oportunamente memorial de contestación de la demanda en el cual manifestó que unos hechos eran ciertos y otros no eran hechos; así mismo, se opuso a las pretensiones de la demanda (Fls. 154 a 188 c.1.).

Los argumentos de oposición serán expuestos al resolver, más adelante, sobre los cargos formulados contra los actos que se impugna.

**Alegatos de conclusión**

La Superintendencia de Industria y Comercio presentó, dentro de la oportunidad legal, sus alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda (Fls. 226 a 241 c.1.);

La parte demandante presentó sus alegatos de conclusión el 2 de marzo de 2015, reiterando los argumentos de la demanda y agregó (Fls. 242 a 280 c.1.):

(i) el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, no contiene conceptos jurídicos indeterminados, como lo pretende la Superintendencia de Industria y Comercio, para justificar su proceder, sino causales objetivas que, en el caso de las demandantes, nunca se presentaron.

---

<sup>1</sup> La audiencia inicial fue grabada, por ende obra CD de la misma a folio 223 del cuaderno 1.

La actividad económica de las sociedades comerciales por mandato legal expreso del artículo 99 del Código de Comercio, está determinada en el objeto social. La propia Superintendencia de Industria y Comercio en sus alegaciones acepta que Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A. no desarrollaron la misma actividad económica de Alienergy S.A., por lo cual sobre este punto no hay discusión.

Sin embargo, frente al supuesto de actuar en la misma cadena de valor, la Superintendencia de Industria y Comercio afirmó que éste sí se presentó porque se predica de quien tenga "...la capacidad (en términos de activos, capital humano, capacidad financiera, entre otras), la firme intención y el compromiso de realizar transacciones y obtener ingresos en este mercado en un futuro cercano", interpretación que no solo se aleja de la descripción clara, objetiva y en tiempo presente que hace el legislador, sino que convierte el alcance de la norma en un texto indeterminado, caprichoso y a futuro, que dependerá de su exclusiva voluntad e interpretación, tomando su accionar en arbitrario, es decir, los empresarios deben ajustarse a unos requisitos objetivos y no subjetivos.

El artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, consagra además las facultades que corresponden a la Superintendencia de Industria y Comercio en ésta materia, tales son: determinar el monto de los activos y el monto de los ingresos operacionales a partir de los cuales es necesario informar la operación, pero no autorizó que la Superintendencia de Industria y Comercio determinará otros casos en los cuales se deba informar la operación, ni para ampliar eventos futuros.

Resulta impropia la asimilación que hace la Superintendencia de Industria y Comercio del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, con normas que sí consagran conceptos jurídicos indeterminados, como el estudiado en la sentencia C-043 de 2004, por la Corte Constitucional –la frase “la conducta asumida por las partes”, para evaluar la procedencia de la condena en costas.

La norma no consagra una facultad discrecional de la Superintendencia de Industria y Comercio en la determinación de los supuestos en que debe

informarse una operación de integración, dejando a salvo la determinación de los montos de los ingresos y activos, por lo que están mal traídas las alusiones que hace la Superintendencia de Industria y Comercio a la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados.

(ii) Las resoluciones Nos. 3703 y 20874 de 2013, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, vulneran los principios de legalidad, tipicidad y reserva de ley consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política son las leyes vigentes al momento de la investigación las que deben ser tenidas en cuenta para hacer el juicio de su cumplimiento y no es posible interpretar las normas en un sentido distinto de su alcance natural.

La Superintendencia de Industria y Comercio vulneró el principio de reserva de ley al adicionar supuestos subjetivos no contemplados en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009. En el caso particular, la "Corte ha señalado que la intervención del Estado en la economía con el fin de asegurar, entre otros, la competencia efectiva entre los agentes del mercado, está sometida a la reserva de ley."

La Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, en la sentencia C-228 de 2010, de lo que se puede concluir que el Congreso reguló de manera detallada las condiciones subjetivas, de carácter económico, que deben reunir las empresas para el surgimiento del deber de informar una integración empresarial a la Superintendencia de Industria y Comercio y los únicos aspectos que se dejaron a la definición de la demandada son los relacionados con la determinación de los activos e ingresos operacionales que sirven de parámetro para aplicar el control.

La Superintendencia de Industria y Comercio desconoció las reglas contenidas en los artículos 27 y 28 del Código Civil.

(iii) Las personas naturales investigadas no autorizaron, ejecutaron ni toleraron conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia.

De acuerdo con las pruebas que obran el proceso la conducta de los señores Hernando Rodríguez Rodríguez y Jairo Antonio Echevarría Bustamante no se enmarca dentro de lo establecido en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

(iv) En el presente caso sí está demostrada la ilegalidad de los actos administrativos, por lo cual sí se cumplen los presupuestos para solicitar el resarcimiento de los daños causados.

**Concepto del Ministerio Público**

El Ministerio Público no rindió concepto.

**Consideraciones de la Sala**

Agotados los trámites inherentes a la acción impetrada y sin que se observe causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, procede la Sala a emitir el fallo correspondiente.

**Problema jurídico**

Radica en determinar si se ajusta a la legalidad la determinación tomada por la Superintendencia de Industria y Comercio consistente en declarar responsables a las sociedades Molinos Roa S.A., Molinos Florhuila S.A. y Alienergy S.A., por incumplir el deber previsto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009; y a los señores Hernando Rodríguez Rodríguez y Jairo Antonio Echevarría, por infringir el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009; y sancionar pecuniariamente a los mismos, mediante la Resolución No. 3703 de 5 de febrero de 2013,

confirmada mediante la Resolución No. 20874 de 23 de abril de 2013, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición.

**Consideración previa**

Encuentra la Sala que la demandante planteó en sus alegatos de conclusión nuevos argumentos, a saber:

(i) el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, no contiene conceptos jurídicos indeterminados, como lo pretende la Superintendencia de Industria y Comercio, para justificar su proceder, sino causales objetivas que, en el caso de las demandantes, nunca se presentaron; (ii) los actos acusados vulneraron el principio de reserva legal que prevé el artículo 29 de la Constitución Política; y (iii) las personas naturales investigadas no autorizaron, ejecutaron ni toleraron conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia.

Los nuevos argumentos expuestos por la parte demandante en la etapa de alegatos de conclusión, no pueden ser analizados en esta fase del proceso, pues hacerlo vulneraría el derecho de defensa de la parte demandada, tal como ha sido precisado por el H. Consejo de Estado<sup>2</sup>:

“(...)

Ahora bien, encuentra la Sala que el apoderado del demandante propuso argumentos nuevos dentro de los alegatos de conclusión, respecto de la interceptación de llamadas, los cuales no pueden ser tenidos en cuenta como quiera que ello vulneraría el derecho de defensa de la entidad demandada. Sea la oportunidad para afirmar que en esta instancia del proceso, se deben presentar argumentos extensivos a los cargos propuestos en la demanda, o en su defecto, para referirse a las pruebas que fueron recogidas a lo largo del proceso y que pretenda hacer prevalecer.

(...).”

<sup>2</sup> Sentencia de 26 de septiembre de 2013, H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicación No. 11001-03-25-000-2011-00186-00(0645-11), Consejera Ponente, Dra. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PAEZ (E).

### **Tema jurídico**

La Sala procederá a estudiar:

- (i) Si la Superintendencia de Industria y Comercio vulneró los principios de tipicidad y legalidad.
- (ii) Si la Superintendencia de Industria y Comercio efectuó una indebida valoración probatoria.

### **Los cargos contra los actos demandados y el análisis de la Sala**

La Sala, en ejercicio de las facultades de interpretación de la demanda de que goza el juez, agrupará los argumentos en tres cargos, a saber, indebida aplicación del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y vulneración de los principios de legalidad y tipicidad; falsa motivación de los actos acusados; y vulneración de los artículos 174, 175 y 187 del Código de Procedimiento Civil.

### **Cargo primero. indebida aplicación del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y vulneración de los principios de legalidad y de tipicidad**

#### **Argumentos de la parte demandante**

Para el momento en que se realizó la operación de integración empresarial de las sociedades Molinos Roa S.A., Molinos Florhuila S.A. y Alienergy S.A., éstas no se dedicaban a la misma actividad económica, ni participaban en la misma cadena de valor.

La obligación de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los proyectos de integración empresarial, únicamente se dirige a las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o que participen en la misma cadena de valor de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por la Ley 1430 de 2009.

No están obligadas aquellas empresas que tengan la intención o la capacidad de realizar actividades dentro del mercado de las empresas con las que realizan algún tipo de operación de integración.

Roa y Florhuila compraron el 52% de las acciones de Alienergy, mediante contrato celebrado el 22 de diciembre de 2009; está probado con las certificaciones de existencia y representación legal de las sociedades, con las declaraciones de sus representantes legales y directivos y con los informes de gestión de Alienergy de los años 2009 y 2010, que para la fecha en que se perfeccionó el contrato e incluso con anterioridad, Alienergy no hacía parte de ningún negocio relacionado con la comercialización o transformación de arroz, ni de cascarilla, es así como está demostrado que Alienergy no participaba en la misma actividad económica ni en la misma cadena de valor de Molinos Roa S.A. Y Molinos Florhuila S.A.

“Lo anterior evidencia, además, que la interpretación efectuada por la Superintendencia de Industria y Comercio es violatoria del principio de legalidad y de tipicidad, pues, no obstante estar el supuesto subjetivo descrito en la norma de manera completa, clara e inequívoca, la SIC impuso sanciones con fundamento en una circunstancia que no está contemplada en ninguna norma legal”, pues la ley no habla de los criterios utilizados por la demandada, como son “... activos, capital humano, capacidad financiera, entre otras”.

**Argumentos de la Superintendencia de Industria y Comercio**

Del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, se observa el deber de información previa, según el cual en el marco de una integración empresarial proyectada entre empresas que se dedican a la misma actividad respecto de un determinado artículo, materia prima, producto, mercancía o servicio, o que se encuentren dentro de la cadena de valor de dicho bien o servicio, es obligatorio informar previamente la operación a la Superintendencia de Industria y Comercio, “siempre que las empresas en cuestión no se encuentran dentro de los supuestos de autorización general previstos en la Circular Única de la SIC.”.

El deber establecido en dicha norma constituye el punto de partida del control ex ante, por medio del cual la Superintendencia de Industria y Comercio de manera previa al perfeccionamiento de una operación de integración, analiza su probable impacto sobre las condiciones de mercado, así mismo se constituye en una obligación de no hacer.

Del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, de los numerales 15 y 16, el artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1341 de 2009 y de los numerales 11 y 12 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, se desprende que las empresas que incumplan el deber de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio una operación de integración, estando obligadas a hacerlo, incurren en una infracción al régimen de protección a la competencia que da lugar a la imposición de una sanción pecuniaria.

En la actuación administrativa la Superintendencia de Industria y Comercio descartó que las sociedades demandantes desarrollaran la misma actividad, en la medida que no todas participaban en el mismo mercado, en efecto ni en el objeto social de Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A. ni en la actividad económica se contemplaba el desarrollo de actividades relacionadas con el aprovechamiento de materias y/o biomásas, que es la actividad principal de Alienergy S.A.

Para establecer si las sociedades participaban en la misma cadena de valor, fue necesario determinar si las actividades que desarrollaba Alienergy S.A. al momento de la operación de integración estaban relacionadas verticalmente con las desarrolladas por Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A., y así se concluyó que la cadena de valor estaba compuesta por la actividad de siembra y cosecha de arroz paddy verde, seguida de la actividad industrial de procesamiento de arroz (con sus productos y subproductos, entre ellos la denominada cascarilla de arroz), seguido del aprovechamiento industrial de las biomásas, para el caso de la cascarilla de arroz.

Para determinar si Alienergy S.A. participaba en la misma cadena de valor (aprovechamiento industrial de la cascarilla de arroz como biomasa) de las sociedades Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A., se tuvo en cuenta que un agente económico participa en un mercado determinado cuando se verifica al menos uno de los siguientes supuestos: (i) que realice actividades comerciales en dicho mercado sea directamente o a través de una determinada empresa sobre la cual ejerce un determinado control; o (ii) que aunque en el momento específico de la integración el ente económico no obtenga ingresos en el mercado referenciado, exista evidencia de que tiene la capacidad (en términos activos, capital humano, capacidad financiera, entre otras), la firme intención y el compromiso de realizar transacciones y obtener ingresos en dicho mercado en el futuro cercano.

La definición de participante en el mercado incluye a los agentes económicos que hacen parte de la oferta en el mismo, pero que por cualquier razón al momento específico de la integración no están obteniendo ingresos del ejercicio de la actividad en cuestión, sin embargo para que un agente económico califique en esta categoría no es suficiente que tenga la capacidad y las facilidades para realizar transacciones en el mercado referenciado, sino que además será necesario demostrar que, o bien ha realizado transacciones en el pasado sea directamente o a través de empresas que se encuentran bajo su control al momento de realizar la integración, o bien tiene al momento de realizar la operación el firme propósito de iniciar en un futuro cercano la producción de bienes o servicios en dicho mercado.

Por consiguiente, al determinar la Superintendencia de Industria y Comercio que Alienergy S.A. hacía parte de la misma cadena de valor de Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A., por cuanto tenía capacidad, la firme intención y el compromiso de realizar transacciones y obtener ingresos en dicho mercado en el futuro cercano, no desbordó el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, así como tampoco vulneró los principios de tipicidad y legalidad.

### Análisis de la Sala

Para resolver los argumentos planteados por la parte demandante en el presente cargo, resulta pertinente citar el contenido de la norma cuestionada.

El artículo 4 de la Ley 155 de 24 de diciembre de 1959 "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.", modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 24 de julio de 2009 "Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia", dispone:

**"Artículo 9°. Control de Integraciones Empresariales.** El artículo 4° de la Ley 155 de 1959 quedará así:

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 Superintendencia de Industria y Comercio 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 la Superintendencia de Industria y Comercio, o

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 salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio.

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 la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación.

En los procesos de integración o reorganización empresarial en los que participen exclusivamente las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, esta conocerá y decidirá sobre la procedencia de dichas operaciones. En estos casos, la Superintendencia Financiera de Colombia tendrá la obligación de requerir previamente a la adopción de la decisión, el análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el efecto de dichas operaciones en la libre competencia. Esta última podrá sugerir, de ser el caso, condicionamientos tendientes a asegurar la preservación de la competencia efectiva en el mercado.

**Parágrafo 1°.** La Superintendencia de Industria y Comercio deberá establecer los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta según lo previsto en este artículo durante el año inmediatamente anterior a aquel en que la previsión se deba tener en cuenta y no podrá modificar esos valores durante el año en que se deberán aplicar.

**Parágrafo 2°.** Cuando el Superintendente se abstenga de objetar una integración pero señale condicionamientos, estos deberán cumplir los siguientes requisitos: Identificar y aislar o eliminar el efecto anticompetitivo que produciría la integración, e implementar los remedios de carácter estructural con respecto a dicha integración.

**Parágrafo 3º.** Las operaciones de integración en las que las intervinientes acrediten que se encuentran en situación de Grupo Empresarial en los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995, cualquiera sea la forma jurídica que adopten, se encuentran exentas del deber de notificación previa ante la Superintendencia de Industria y Comercio.”.

De la norma transcrita se desprende que se exigen dos supuestos para que las empresas informen a la Superintendencia de Industria y Comercio las operaciones que proyecten llevar a cabo con propósitos de fusión, consolidación, adquisición de control o integración, cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada, tales son: (i) que se dediquen a la misma actividad económica o; (ii) que participen en la misma cadena de valor.

Pero, además, se aprecia en dicha norma que deben darse unas condiciones, que son: (i) 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 la Superintendencia de Industria y Comercio; o (ii) cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio.

Si bien la norma establece claramente los presupuestos que se deben configurar para que las empresas informen a la Superintendencia de Industria y Comercio las operaciones de integración empresarial que proyecten, la misma tiene términos que deben ser desarrollados, como son, por ejemplo, el referente a "cadena de valor" y lo que debe entenderse por "integración empresarial"; términos que han sido precisados por la ley y la jurisprudencia.

Conforme al Decreto 4886 de 23 de diciembre de 2011 "Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones", la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para pronunciarse sobre los

proyectos de integración y establecer las guías en las que se establezca cuáles son los documentos e información necesarios para comunicar, notificar o tramitar ante la Superintendencia las operaciones de integración empresarial, así:

"(...)

**ARTÍCULO 1. FUNCIONES GENERALES.** La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las funciones establecidas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 3307 de 1963, el Decreto 1302 de 1964, los Decretos 3466 y 3467 de 1982, el Decreto 2876 de 1984, el Decreto 2153 de 1992, el Decreto 2269 de 1993, la Ley 256 de 1996, la Ley 446 de 1998, la Ley 527 de 1999, el Decreto 1130 de 1999, el Decreto 1747 de 2000, Ley 643 de 2001, el Decreto 3081 de 2005, el Decreto 3144 de 2008, la Ley 1266 de 2008, las Leyes 1335, 1340 y 1341 de 2009, la Ley 1369 de 2009, el Decreto 4130 de 2011, y el Decreto 4176 de 2011, y aquellas que modifiquen o adicionen las anteriores, las demás que le señalen las normas vigentes y las que le delegue el Presidente de la República.

La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones.

(...)

11. Pronunciarse en los términos de la ley, sobre los proyectos de integración o concentración cualquiera que sea el sector económico en el que se desarrollen, sean estos por intermedio de fusión, consolidación, adquisición del control de empresas o cualquier otra forma jurídica de la operación proyectada.

(...)

13. Expedir las guías en las que se establezca cuáles son los documentos e información necesarios para comunicar, notificar o tramitar ante la Superintendencia las operaciones de integración empresarial en todos los sectores de la economía nacional, salvo lo contemplado en el inciso segundo del numeral 2 del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, y demás normas que lo modifiquen o adicionen.

(...)

**ARTÍCULO 3. Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio.** Son funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio:

(...)

5. Pronunciarse, en los términos de la ley, sobre la fusión, consolidación, adquisición del control de empresas o integración, cualquiera que sea el sector económico de la misma o la forma jurídica de la operación proyectada.

(...)

17. Expedir las guías en las que se establezca de manera general cuáles son los documentos e información necesaria para comunicar, notificar o tramitar ante la Superintendencia las operaciones de integración empresarial a que se refiere el numeral 15 de este artículo."

En cumplimiento de las facultades conferidas, la Superintendencia de Industria y Comercio, expidió la circular única que regula en su Título VII, "PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA", las integraciones empresariales y contiene como anexos las guías denominadas "GUÍA DE PRE-EVALUACIÓN DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES" y "GUÍA DE

ESTUDIO DE FONDO DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES”, modificadas mediante la Resolución No. 35006 de 30 de junio de 2010 “Por la cual se imparten instrucciones sobre el procedimiento para la autorización y notificación de las operaciones de integración empresarial y se adoptan unas guías”, modificada, aclarada y adicionada por la Resolución No. 52778 de 29 de septiembre de 2011, vigentes para el momento de expedición de los actos acusados; en efecto, de la Resolución No. 35006 de 2010 se destaca el concepto de cadena de valor y los supuestos subjetivos y objetivos que se desprenden del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009:

“(…)

**ARTÍCULO PRIMERO.** Modificar el capítulo segundo del título VII de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, el cual quedará así:

**"CAPITULO SEGUNDO. INTEGRACIONES EMPRESARIALES**

**2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE AUTORIZACIÓN DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES.**

**2.1 Operaciones sujetas a este trámite**

Las operaciones empresariales de fusión, consolidación, adquisición de control o integración cualquiera que sea la forma jurídica de la operación proyectada deberán ser informadas a la Superintendencia de Industria y Comercio cuando concurren en ellas los siguientes supuestos:

**2.1.1 Supuesto Subjetivo**

- a) Cuando las empresas intervinientes desempeñen la misma actividad económica, o
- b) Cuando las empresas intervinientes se encuentren en la misma cadena de valor<sup>3</sup>.

**2.1.2 Supuesto Objetivo**

- a) Cuando las Intervinientes de manera conjunta o individualmente consideradas hayan obtenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada, ingresos operacionales superiores al monto que en salarios mínimos legales mensuales vigentes haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, o
- b) Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente, activos totales superiores al monto que en salarios mínimos legales mensuales vigentes haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio. Para efectos de calcular los ingresos operacionales y los activos totales señalados anteriormente, se tendrá en cuenta la sumatoria de los valores registrados en los estados financieros de cada una las empresas intervinientes, incluyendo aquellas con quienes se encuentren vinculadas en virtud de una situación de control<sup>3</sup>, del año fiscal inmediatamente anterior a aquel en que se cumple con el deber de informar la operación de integración proyectada.”

<sup>3</sup> “Entiéndase por cadena de valor al conjunto de actividades a partir de las cuales es posible generar un ordenamiento en el que el producto obtenido en una actividad resulta ser insumo para otra. De esta manera, cada actividad o eslabón le adiciona sucesivamente valor a los bienes o servicios al momento de analizar tal proceso desde la generación del producto hasta que llega al consumidor final.”

Los supuestos subjetivo y objetivo que señala la resolución transcrita fueron analizados por la Superintendencia de Industria y Comercio en la actuación administrativa objeto de estudio; en efecto, mediante la Resolución No. 3703 de 5 de febrero de 2013, acto acusado, se hizo referencia a los presupuestos que exige la norma, artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, antes mencionados, descartando que se configurara el supuesto subjetivo atinente a que las sociedades demandantes desarrollaran la misma actividad económica y concluyendo que se daba el supuesto consistente en que las demandantes participaban, para la fecha de la operación de integración, en la misma cadena de valor; al respecto cabe señalar que el artículo 9, inciso 1, de la Ley 1340 de 2009 establece una norma en blanco cuando alude al concepto cadena de valor; sin embargo, dicha remisión satisface de modo suficiente las exigencias de tipicidad con base en la Resolución No. 35006 de 30 de junio de 2010, que define los alcances del concepto referido; de otro lado, también se verificó por parte del órgano administrativo de control y vigilancia el cumplimiento del supuesto objetivo, concluyendo que el mismo se configuraba (Fls. 91, 96, 97 y 100 c.1.):

"(...)

En el presente caso se descartó que las empresas investigadas desarrollaran la misma actividad (es decir, que tuvieran una relación horizontal), en la medida en que no todas participaban en el mismo mercado. En efecto, ni en el objeto social de MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA (sociedades adquirentes), ni en la actividad económica que efectivamente desarrollaban en el mercado, se contemplaba el desarrollo de actividades relacionadas con el aprovechamiento de materia y/o biomásas, que es la actividad principal de ALIENERGY.

**Conclusión verificación del supuesto subjetivo**

De conformidad con el anterior análisis, este Despacho considera que de las pruebas obrantes en el expediente se puede concluir que ALIENERGY participaba para la fecha de la operación bajo análisis en el mercado de aprovechamiento industrial de biomásas, incluida la cascarilla de arroz. Lo anterior, con fundamento en las siguientes razones:

- (i) Se demostró que ALIENERGY participaba y tenía relaciones comerciales en el mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz, en tanto que continuó con los proyectos de una empresa cuya actividad consistía precisamente en el aprovechamiento industrial de biomásas como la cascarilla de arroz, lo cual informó

abiertamente al público advirtiendo que había heredado su experiencia y reconocimiento, además de la propiedad de todos sus proyectos.

- (ii) Se demostró que el objeto social principal de ALIENERGY era el aprovechamiento de biomasas y, además, que tenía la capacidad (en términos de activos, capital humano, capacidad financiera, entre otras), la firme intención y el compromiso de realizar transacciones y obtener ingresos en el mercado de aprovechamiento industrial de cascarilla de arroz en el futuro cercano, hecho que la convierte en oferta potencial y participante de dicho mercado.

De acuerdo con lo anterior, se concluye que ALIENERGY hace parte de la misma cadena de valor de la que hacen parte MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUALA, en tanto que se demostró que efectivamente participaba y desarrollaba actividades comerciales en el mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz. Incluso, si se admitiera que no tenía relaciones comerciales en este mercado para el momento específico de la integración, se demostró que participaba de la oferta del mismo, al contar con los activos, el capital humano y la capacidad financiera necesarios, así como la firme intención de participar en dicho mercado. De esta manera, se verificó el cumplimiento del supuesto subjetivo.

6.3.3.2. Supuesto objetivo

(...)

En conclusión, para el presente caso también se verifica el cumplimiento del supuesto objetivo para informar operaciones de integración, en tanto se demostró durante la actuación administrativa que (i) las empresas investigadas tuvieron ingresos y activos por encima del umbral establecido por la ley, y (ii) la operación realizada por las empresas investigadas se configura como una integración de carácter vertical.

Seguido de lo anterior, en la página web de la entidad demandada se encuentra una guía denominada "GUÍA DE ANÁLISIS DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES", en la que se define una serie de conceptos, que en criterio de la Sala, son pertinentes para evaluar los supuestos que prevé el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009<sup>4</sup>:

(...)  
**DEFINICIONES**

9. Para efectos de esta Guía se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

**16. Cadena de valor:** En los términos de la Resolución 12193 de 2013, se define como: "(...) conjunto de actividades a partir de las cuales es posible generar un ordenamiento en el que el producto obtenido en una actividad resulta ser insumo para otra. De esta manera, cada actividad o eslabón le adiciona sucesivamente valor a los bienes o servicios al momento de analizar tal proceso desde la generación del producto hasta que llega al consumidor final".

(...)

**23. Integración:** Cualquier mecanismo utilizado para adquirir el control de una o varias empresas, el control de parte de ellas, o para crear una nueva empresa, con el objeto de desarrollar actividades conjuntamente. El término integración implica, sin importar la forma jurídica de la operación, la combinación de una o más actividades en las cuales cesa la competencia entre las empresas que llevan a cabo la integración, posterior al perfeccionamiento de la misma.

**24. Integración horizontal:** Integración realizada entre empresas que participan en el mismo eslabón de la cadena de valor.

<sup>4</sup> <http://www.sic.gov.co/drupal/guia-integraciones-empresariales>, consultada el 16 de abril de 2015.

**25. Integración vertical:** Integración realizada entre empresas ubicadas en diferente eslabón de producción y/o distribución pero en la misma cadena de valor

(...)

**27. Mercado Relevante:** Mercado que afectará la competencia como consecuencia de la operación de integración proyectada. Está compuesto por el mercado producto y el mercado geográfico. En adelante cuando se haga referencia al mercado producto, este concepto incluirá productos y/o servicios.

(...)

**SUPUESTOS PARA INFORMAR**

**45.** La normatividad se ha referido de manera genérica al término empresa para efectos de denominar de forma general a la gran variedad de sujetos que se encuentran sometidos al régimen de concentraciones empresariales. Sin embargo, los sujetos que se entienden sometidos al régimen de integraciones no son sólo empresas, sino también otros sujetos, como por ejemplo: las sociedades de cualquier tipo legalmente constituidas en Colombia, las sociedades extranjeras que realizan actividades de carácter contractual, o poseen bienes o derechos reales en el territorio colombiano, o participan en sociedades colombianas y actúan en las mismas dentro de los presupuestos legales del control o grupo empresarial. También se entenderán sujetas a la norma aquellas personas naturales que realicen actividades de carácter comercial o mercantil, y las empresas unipersonales.

**46.** Se entenderá que estos sujetos se encuentran cobijados por la norma, en la medida en que las operaciones comerciales deban surtirse en territorio colombiano o sus efectos se materialicen en Colombia. Así las cosas, las empresas que proyecten llevar a cabo una integración empresarial, sin importar la forma jurídica de la misma, deberán informar a través del procedimiento de pre-evaluación a la SIC cuando cumplan con los supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009: el supuesto subjetivo, el supuesto objetivo y que cuenten con 20% o más del mercado relevante.

**47. Supuesto subjetivo**

**48.** En primer lugar, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 los sujetos objeto de las disposiciones en materia de protección de la competencia, incluido el control previo de las integraciones, son: "(...) respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar este desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico". (Subrayado fuera de texto).

**49.** Así las cosas, para verificar que cumplen con el supuesto subjetivo las empresas tendrán en cuenta, entre otros elementos, que: (a) deben estar realizando una misma actividad económica, esto es, que producen o comercializan los mismos bienes, o que prestan el mismo tipo de servicio; (b) si las compañías están ubicadas en una misma cadena Industria y Comercio SUPERINTENDENCIA de valor9 , en los términos como se define en esta Guía, es decir si una(s) de ella(s) elabora(n) un insumo productivo o materia prima, utilizado por la(s) otra(s) para elaborar o comercializar el bien final, esto es, unas añaden valor agregado a lo que otras realizan.

**50. Supuesto objetivo: Test de activos e ingresos operacionales**

51. Las empresas deberán calcular el monto total de los activos y de los ingresos operacionales de todas las compañías que participan en la integración, tomando como base los estados financieros del año inmediatamente anterior al que se presenta la solicitud de preevaluación de la integración<sup>10</sup>. Dicho valor se compara con el monto, en salarios mínimos mensuales legales vigentes, establecido anualmente por esta Entidad. Si los activos o ingresos operacionales son mayores a dicho monto, se debe informar dicha operación. Si se cumplen los supuestos subjetivo y objetivo y se cuenta con una cuota de participación en el mercado relevante respectivo del 20% o más, se deberá informar la operación.

#### DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

52. En primer lugar, todo mercado es un conjunto donde se pueden identificar agentes (productores, distribuidores, comercializadores, consumidores, entre otros), productos y/o servicios y precios. La definición del mercado relevante busca establecer cuál es el conjunto de agentes, productos o servicios y/o sus precios correspondientes cuya producción, abastecimiento, distribución o consumo debe ser examinado con el objeto de determinar quiénes están sometidos a informar operaciones de integración empresarial, así como los efectos restrictivos o benéficos sobre la competencia que puedan derivarse de la operación de integración. Con el fin de delimitar el mercado relevante correctamente, éste debe comprender todas las alternativas disponibles para los consumidores de los productos fabricados u ofrecidos por las firmas que se están integrando e incluir aquellas fuentes que las empresas participantes consideran su competencia.

53. Una vez las empresas han allegado toda la información que se considera necesaria para efectuar el análisis, se procede a realizar el estudio económico necesario para la definición del mercado relevante. Sin embargo, como se verá más adelante, no siempre es necesario hacer definiciones del mercado relevante.

54. La definición del mercado relevante se realiza desde dos perspectivas: La dimensión del producto y la dimensión geográfica, referidos al grupo de productos que los consumidores consideran sustitutos cercanos y al área geográfica más pequeña en la cual los oferentes, si actúan como una sola firma, pueden influir de manera rentable en el precio, calidad, variedad, servicio, publicidad, innovación y otras condiciones de competencia propias del mercado analizado. El mercado geográfico puede ser local, regional, nacional o mundial." (Destacado por la Sala)

De lo Guía anterior se observa que dentro del mercado relevante, uno de los conceptos por analizar en materia de integraciones empresariales es el de "agente", que también fue objeto de estudio por la entidad demandada en la Resolución No. 3703 de 5 de febrero de 2013, en la siguiente forma (Fl. 92 c.1.):

"(...)

Sobre este particular, se considera que un agente económico participa en un mercado determinado cuando se verifica el menos uno de los siguientes supuestos: (i) que el agente económico realice actividades comerciales en dicho mercado (sea directamente o a través de una empresa sobre la cual ejerce un determinado control); o (ii) que aunque en el momento específico

de la integración el ente económico no obtenga ingresos en el mercado referenciado, exista evidencia de que tiene la capacidad (en términos de activos, capital humano, capacidad financiera, entre otras), la firme intención y el compromiso de realizar transacciones y obtener ingresos en dicho mercado en el futuro cercano.

De la anterior noción, que es además compartida por otras autoridades de competencia<sup>5</sup>, se desprende que la definición de participe en el mercado incluye los **agentes económicos que hacen parte de la oferta en el mismo**, pero que por cualquier razón al momento específico de la integración no están obteniendo ingresos del ejercicio de la actividad en cuestión.”.

Este aspecto se cuestiona por la parte demandante en tanto se argumenta que el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, no prevé los criterios de “... activos, capital humano, capacidad financiera, entre otras” para efectos del análisis de integraciones; sin embargo, estima la Sala que conforme a todo lo expuesto, si bien la norma no establece en su contenido los criterios evaluados por la demandada con respecto a los agentes económicos, ello no implica que no debieran evaluarse dichos aspectos con el propósito de verificar el supuesto subjetivo consistente en si las empresas demandantes pertenecían a una misma cadena de valor, pues como ya se explicó la norma que regula el tema prevé conceptos que deben ser desarrollados por la Superintendencia de Industria y Comercio, como son los de “cadena de valor” e “integración empresarial”, que desarrolla la entidad demandada a través de guías y resoluciones, que brindan mayor claridad sobre el particular.

Además, como se señaló, la Corte Constitucional se ha pronunciado frente al concepto de integración; y si bien lo hizo con respecto a una norma distinta de la cuestionada en el presente proceso, arribó a una misma conclusión, esto es, que tal conceptualización no implica que se esté cambiando el sentido literal de la norma<sup>6</sup>:

“(...

Ahora bien, para efectos de una *interpretación exegética* deben ser precisados dos conceptos esenciales para la comprensión del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007: la **integración vertical patrimonial** y la **posición dominante**. En tal sentido, desde una aproximación de dirección

<sup>5</sup> “Ver Guía de Integraciones Horizontales del Departamento de Justicia y la Comisión Federal del Comercio de Estados Unidos. 2010. –U.S. Department of Justice, Federal Trade Commission. Horizontal Merger Guidelines.”.

<sup>6</sup> Sentencia C-1041 de 4 de diciembre de 2007, Corte Constitucional, Referencia: D-6756, Magistrado Ponente, Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

estratégica, y siguiendo el clásico estudio de COASE (1937)<sup>7</sup>, la **integración vertical** es una teoría que describe un estilo de propiedad y control sobre las empresas. De tal suerte que el empresario se convierte en un coordinador de recursos, organizando diversas actividades que conforman una misma cadena de producción. En pocas palabras, las compañías integradas verticalmente están unidas por una jerarquía y comparten un mismo propietario. Así pues, diversas empresas desarrollan diferentes actividades, que combinadas, apuntan a la consecución de un mismo fin (vgr. una misma firma petrolera que, mediante diversas empresas, explora, explota, refina y comercializa el producto). Por el contrario, la **integración horizontal** consiste en que una corporación, que busca vender una clase de producto en numerosos mercados, crea una multitud de empresas subsidiarias, cada una comercializa el producto para un segmento de mercado o para un área diferente.

La integración vertical, de igual manera, puede ser, a su vez (i) hacia atrás; (ii) hacia adelante; y (iii) compensada. La primera consiste en que la compañía crea subsidiarias que producen algunos de los materiales utilizados en la fabricación de sus productos (vgr. una compañía automovilística puede poseer una empresa de neumáticos, una de vidrio y una de metal). El control de estas subsidiarias se justifica para crear un suministro estable de materiales y asegurar una calidad constante en el producto final. La segunda, hacia adelante, se presenta cuando la compañía establece subsidiarias que distribuyen o venden productos tanto para los consumidores como para su propio consumo (vgr. un estudio de cine que poseyera una cadena de teatros). Por último, la integración vertical compensada se presenta cuando la empresa establece subsidiarias que le suministran materiales a la vez que distribuyen los productos fabricados.  
(...)"

Por consiguiente, estima la Sala que la entidad demandada no vulneró los principios de legalidad y tipicidad, como lo pretende hacer ver la parte demandante; sino que, por el contrario, suministró al interesado una motivación con mayores fundamentos y contribuyó, de esa manera, a fijar de manera más precisa las reglas aplicables a este tipo de asuntos.

De otro lado, frente al argumento de las demandantes en el sentido de que con las pruebas que obran en el expediente, a saber: los certificaciones de existencia y representación legal de las sociedades, las declaraciones de sus representantes legales y directivos y los informes de gestión de Alienergy de los años 2009 y 2010, se demuestra que para la fecha en que se perfeccionó el contrato e incluso con anterioridad, Alienergy no hacía parte de ningún negocio relacionado con la comercialización o transformación de arroz, ni de cascarilla de arroz, es decir, que no participaba en la misma actividad económica ni en la misma cadena de

<sup>7</sup> Coase, R. H. (1937). "The Nature of Firm", *Económica*, No. 4. pp. 386-405.

valor de Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A., la Sala se pronunciará al resolver el siguiente cargo.

De momento, concluye que el cargo aquí analizado no prospera por las razones expuestas.

### **Cargo segundo. Falsa motivación de los actos acusados**

#### **Argumentos de la parte demandante**

La adquisición de acciones de Alienergy S.A. por parte de Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A. se perfeccionó el 22 de diciembre de 2009, como consta en las actas de la junta directiva y de la asamblea de accionistas de Alienergy S.A. correspondientes a las reuniones efectuadas los días 7 y 9 de diciembre de 2009, en las que se autorizó la emisión, el ofrecimiento y la venta de acciones. El 22 de diciembre de 2009 Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A. aceptaron, por escrito, la oferta de venta de acciones de Alienergy S.A. y acreditaron el pago parcial de las mismas, por lo tanto en ésta fecha se produjo el acuerdo sobre la venta de acciones.

Para el 22 de diciembre de 2009, Alienergy S.A. no hacía parte de ningún negocio relacionado con la comercialización o transformación de arroz, ni de su cascarilla, no obstante la Superintendencia de Industria y Comercio presupuso que al momento en que se produjo la compraventa de acciones e incluso con anterioridad, Alienergy S.A. era una empresa dedicada al aprovechamiento industrial de la biomasa denominada cascarilla de arroz, pese a que está demostrado que solo cuatro meses después de la integración inició negocios comerciales relacionados con la cascarilla de arroz -6 de abril de 2010-, cuando empezó a ejecutar el contrato de suministro celebrado el 2 de abril de 2010, por ende no se encontraba en la misma cadena de valor de Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A.

Con los informes de gestión de Alienergy S.A., correspondientes a los años 2009 y 2010, está probado 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, pues los únicos ingresos que recibió para el año 2009 provinieron de la venta de los estudios de los subproductos de Brinsa por 475 millones de pesos y los trabajos de investigación realizados para la compañía Minera Tayrona S.A.

Las pruebas en las que se basa la Superintendencia de Industria y Comercio para concluir que Alienergy S.A., al momento de la compraventa de acciones e incluso con anterioridad, se encontraba en la misma cadena de valor que Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A., fueron: (i) la página web oficial de Alienergy S.A., (ii) el informe de gestión de ésta del año 2009, (iii) el testimonio del representante legal de la sociedad BIO+SA S.A., y (iv) las compraventas de arroz entre Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A. y la sociedad BIO+SA S.A., elementos que fueron interpretados por la Superintendencia de Industria y Comercio de manera descontextualizada.

Por lo expuesto, analiza el contenido de las pruebas que fueron tenidas en cuenta por la Superintendencia de Industria y Comercio:

(i) Página web de Alienergy S.A.

Del aparte transcrito de la página web, por la Superintendencia de Industria y Comercio, sobre los supuestos proyectos "heredados" de BIO+SA S.A., se observa que no se hace referencia expresa a proyectos específicos cedidos a Alienergy S.A., lo que implica que la demandada omitió valorar pruebas que demuestran que en realidad BIO+SA S.A. cedió sólo algunos proyectos específicos, como se evidencia de las actas Nos. 3 y 4 de 2009 de la Junta Directiva de Alienergy S.A.

Señala que la cesión del contrato celebrado entre Brinsa y BIO+SA S.A. no se pudo haber referido a ningún producto de la cadena de valor del arroz, pues Brinsa no trabaja con dichos productos, lo que se puede consultar en su página web. "Es claro entonces, que la labor de Alienergy en el contrato bajo estudio fue la de analizar los subproductos derivados de los procesos productivos de Brinsa (que nada tienen que ver con el arroz) y evaluar su utilidad en el desarrollo del objeto social de dicha empresa."

Brinsa y Alienergy S.A. terminaron la oferta comercial cedida por BIO+SA S.A. y realizaron un nuevo acuerdo para la elaboración de un nuevo estudio dirigido a "comprobar que las aguas de escurrimiento de los subproductos descritos en la Oferta Comercial (en adelante las aguas) puedan ser vertidas al río Bogotá", acuerdo que tampoco tenía ninguna relación con el arroz ni la cascarilla.

Respecto a la cesión del negocio jurídico entre BIO+SA S.A. y Dresden Ingeniería Ltda. y Productos Cerámicos Flam S.A., señaló que el objeto del contrato cedido era la prestación de servicios de consultoría, lo que se encuentra por fuera de una cadena productiva o de valor de un producto, pues no se trata de un insumo para la producción o distribución de un bien, sino de un servicio externo del que no depende la entrega o producción de un bien final.

Revisadas las páginas web de la sociedades Dresden Ingeniería Ltda. y Productos Cerámicos Flam S.A., se colige que la maquinaria, la arcilla y la cerámica no se derivan del arroz y tampoco producen como residuo, cascarilla de arroz y en esa medida la consultoría a cargo de BIO+SA S.A. que fue cedida a Alienergy S.A. no pudo haberse referido a la cascarilla de arroz.

Frente a la cesión del negocio jurídico entre BIO+SA S.A. y Arcillas Santa Ana, indicó que se está también ante un servicio de consultoría y que la sociedad Arcillas Santa Ana no se dedica a ninguna actividad relacionada con el arroz, como consta en su página web.

Por lo tanto, BIO+SA S.A. sólo cedió a Alienergy S.A. unos proyectos específicos, los cuales no tenían relación con la cascarilla de arroz.

(ii) Informe de gestión de Alienergy S.A. del año 2009

La Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta la totalidad del informe de gestión, del que se infiere que Alienergy no adelantó negocio alguno relacionado con la comercialización de la cascarilla de arroz antes de la integración empresarial con Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A.

La Superintendencia de Industria y Comercio tampoco valoró el informe de gestión de Alienergy S.A. del año 2010, con el que se demuestra que la comercialización de la cascarilla de arroz se inició solo hasta el 4 de abril de 2010.

(iii) Testimonio del señor Edgar Ramírez Martínez, representante legal de la sociedad BIO+SA S.A. y las compraventas de arroz entre Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A. y la sociedad BIO+SA S.A.

El hecho de que BIO+SA S.A. comprará “carrasquilla (sic)” de arroz para la realización de sus operaciones, no implica que Alienergy S.A. hubiese heredado los proyectos de BIO+SA S.A. en relación con la cascarilla de arroz; por el contrario, del testimonio de su representante legal y de las compraventas de cascarilla de arroz, se concluye que BIO+SA S.A. continuó existiendo con posterioridad a la creación del Alienergy S.A. y siguió desarrollando su actividad económica como la compra de cascarilla de arroz hasta el año 2010, la cual no fue cedida a Alienergy S.A.

### Argumentos de la Superintendencia de Industria y Comercio

Alienergy S.A. participaba activamente en el mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz y desarrollaba relaciones comerciales en el mismo, en tanto que se anunciaba al público como la heredera de la experiencia y de todos los proyectos de la sociedad BIO+SA S.A., una sociedad reconocida por dedicarse al aprovechamiento de residuos, incluida la cascarilla de arroz.

Para la época en que se realizó la actuación administrativa Alienergy S.A. anunciaba en la sección “Quiénes Somos” de su página web oficial que había heredado la experiencia y la propiedad de todos los proyectos realizados por BIO+SA S.A. entre mayo de 2006 y febrero de 2009.

En la actualidad en la sección “Empresa –Quiénes somos” de su página web indicó “Finalizando el año 2009, el grupo Roa y Florhuila adquirió el 52% de las

acciones de Alienergy, proporcionándole así (sic) el plus necesario para la consolidación de proyectos ambientales de gran escala.”.

En la sección “Proyectos –proyectos actuales –Sustitución de combustible por cascarilla de arroz de ladrilleras y tabacaleras en las zonas de Huila y Meta” de su página anunció: “con pruebas de tecnología de quemado de combustible realizadas en el año 2008, creamos la manera de sustituir carbón por biomasa para la producción de ladrillo.”.

El informe de gestión de Alienergy S.A. del año 2009 da cuenta de la cesión en su favor de los proyectos de la sociedad BIO+SA S.A. y la actividad principal de ésta sociedad fue descrita en detalle por su representante legal al momento de rendir testimonio ante la Superintendencia de Industria y Comercio, el 1 de junio de 2012, del que se advierte la estrecha relación de la actividad de la sociedad BIO+SA S.A. con el manejo de biomasa, al paso que se refiere a las compras de cascarilla de arroz que realizaba a Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A., lo que da cuenta de que la actividad de BIO+SA S.A. incluía procesar cascarilla de arroz.

Las compras de cascarilla de arroz que realizó BIO+SA S.A. a Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A., al menos desde el año 2008, demuestran que su actividad de “BIO+A S.A. – empresa de la cual ALIENERGY S.A. manifiesta públicamente haber heredado sus proyectos y experiencia, incluían específicamente el tratamiento de cascarilla de arroz.”.

Por lo tanto, al haber heredado todos los proyectos de BIO+A S.A., es claro que Alienergy S.A. continuó con las actividades de dicha empresa, las cuales incluían el aprovechamiento de cascarilla de arroz, por consiguiente se demostró que para la fecha de la operación de integración con Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A., Alienergy S.A. realizaba actividades comerciales en el mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz.

Por otro lado, en la actuación administrativa se recaudaron elementos probatorios que probaron que Alienergy S.A. tenía la capacidad (en términos activos, capital humano, capacidad financiera, entre otras), la firme intención y el compromiso de realizar transacciones y obtener ingresos en

este mercado en el futuro cercano pues desde su constitución -22 de enero de 2009- la finalidad principal de ésta ha sido el aprovechamiento de biomasas como la cascarilla de arroz, lo que supone su participación en este mercado o por lo menos su firme propósito de hacerlo en un futuro muy cercano.

Del informe de gestión de Alienergy S.A. del año 2009 se observa que la sociedad estaba direccionada a desarrollar diversos proyectos relacionados con la cascarilla de arroz y da cuenta del compromiso de directivos de Alienergy S.A. hacia los accionistas para iniciar operaciones con cascarilla de arroz en un plazo de tiempo determinado.

En la sección "Empresa-Alianzas estratégicas" de su página web, Alienergy S.A. anunció:

"Molinos Roa S.A. y Molino Florhuila S.A., son compañías dedicadas a la producción y comercialización de productos alimenticios de alta calidad relacionados con el arroz.

Líderes en el sector en que participan y con la más avanzada tecnología y excelencia en el servicio, hacen parte de nuestro grupo de alianzas, proporcionándonos la exclusividad en el manejo del 100% de la cascarilla de arroz que se produce en todas sus plantas a nivel nacional.

Molinos Roa S.A. y Molino Florhuila S.A. han adquirido la propiedad del 52% de las acciones de Alienergy S.A. el 48% restante pertenece a Jairo Echavarría".

El propio apoderado de las demandantes reconoce expresamente que sólo un poco menos de 4 meses después de la operación de integración, Alienergy S.A. inició negocios con la cascarilla de arroz, para lo cual celebró un contrato de suministro con Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A. y reconoció la importancia de esta actividad para Alienergy S.A., pues para el año 2010 su único proyecto productivo era la comercialización de la cascarilla.

Por lo tanto, ha quedado demostrado que (i) Alienergy S.A. participaba y tenía relaciones comerciales en el mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz para la época de la integración, en tanto que continuó con los proyectos de una empresa cuya actividad consistía precisamente en

el aprovechamiento industrial de biomasas como la cascarilla de arroz; y (ii) el objeto principal de Alienergy S.A. era el aprovechamiento de biomasas, y además tenía la capacidad, la firme intención y el compromiso de realizar transacciones y obtener ingresos en el mercado de aprovechamiento industrial de cascarilla de arroz en el futuro cercano.

Es así como Alienergy S.A hace parte de la misma cadena de valor de Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A. "Incluso, si se admitiera que no tenía relaciones comerciales en este mercado para el momento específico de la integración, se demostró que participaba de la oferta del mismo."

**Análisis de la Sala**

Para resolver el presente cargo resulta pertinente señalar la fecha en la que se produjo la adquisición de acciones de Alienergy S.A., por parte de Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A., toda vez que en criterio de la Superintendencia de Industria y Comercio, tanto para el momento de la operación de integración como desde antes de la misma Alienergy participaba y desarrollaba actividades comerciales en el mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz, lo que pretende ser desvirtuado por la parte demandante en este proceso.

De los documentos que se relacionan a continuación se evidencia el proceso de la adquisición de las acciones.

\*Acta No. 1 de la Asamblea General de Accionistas de Alienergy S.A., suscrita el 7 de diciembre de 2009, de la que se destaca<sup>8</sup>:

<sup>8</sup> CD No. 1, carpeta 11-92744 CP-1, página 246, antecedentes administrativos.

"(...)

6. AUTORIZACIÓN A LA JUNTA DIRECTIVA PARA COLOCAR ACCIONES SIN SUJECCIÓN AL DERECHO DE PREFERENCIA:

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 S.A. 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.

\*Acta Nb. 5 de la Junta Directiva de Alienergy S.A., suscrita el 9 de diciembre de 2009, de la que se destaca<sup>9</sup>:

"(...)

5. EXPEDICIÓN REGLAMENTO COLOCACIÓN DE ACCIONES:

Comenta el Presidente, que la Asamblea General de Accionistas en su reunión del pasado 7 de diciembre de 2009, autorizó a esta Junta a colocar hasta 10.833 acciones ordinarias de la sociedad sin sujeción al derecho de preferencia, en Molinos Roa S.A. y Molino Flor Huila S.A.

Teniendo en cuenta la autorización antes mencionada, el Presidente somete a consideración de la Junta Directiva la propuesta consistente en expedir el reglamento de colocación de acciones de 10.833 acciones ordinarias de la sociedad en las sociedades antes mencionadas.

Estudiada la anterior propuesta, la Junta Directiva de Alienergy S.A. en uso de sus atribuciones legales y estatutarias y con el voto unánime de los presentes

**RESUELVE:**

<sup>9</sup> CD No.1 carpeta 11-92744 CP-1, páginas 247 a 251, antecedentes administrativos.

Expedir y aprobar el siguiente reglamento de colocación de acciones

"Reglamento de Colocación de Acciones de Alienergy S.A.

La Junta Directiva de Alienergy S.A. en uso de sus atribuciones legales y estatutarias y

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 a colocar hasta 10.833 acciones ordinarias sin sujeción al derecho de preferencia en Molinos Roa S.A. y Molino Florhuila S.A.

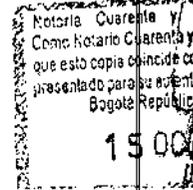
RESUELVE:

PRIMERO: Emitir 10.833 acciones ordinarias de Alienergy S.A.

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.

TERCERO: El precio de las acciones cuya suscripción se ofrece en el numeral anterior se pagará de la siguiente manera:

- a. La tercera parte del valor de la suscripción, es decir la suma de \$1.078.828.579,34 se pagará de la siguiente manera:
  - i. La suma de \$980.753.253,95, en dinero efectivo, en la fecha de aceptación de la oferta de suscripción y contra entrega de los títulos provisionales de las acciones adquiridas.
  - ii. La suma de \$98.075.325,39, mediante compensación del 80% del valor que en la fecha de aceptación de la oferta facture Molinos Roa S.A. a Alienergy S.A. por concepto de suministro de cascarilla.
- b. El saldo, es decir la suma de \$2.190.348.933,81, será pagada mediante compensación del 80% del valor adeudado por Alienergy S.A. por concepto de suministro cascarilla, teniendo en cuenta que la totalidad de este saldo debe quedar totalmente pagado a más tardar a los 12 meses de la fecha de aceptación de la oferta de suscripción.
- c. Teniendo en cuenta lo anterior, los 11 meses de aceptación de la oferta las partes establecerán la cantidad de cascarilla que Molinos Roa S.A. debe entregar a Alienergy S.A. con el fin de pagar los saldos pendientes por concepto de esta suscripción mediante la compensación a que se refiere el literal b anterior, cantidad que será entregada a más tardar un día hábil antes de la expiración del plazo de dos años contados a partir de la fecha de aceptación de la oferta de suscripción.



- d. Las acciones serán liberadas en proporción al precio efectivamente pagado, para lo cual las partes de manera semestral efectuarán la correspondiente liquidación, con base en la cual se expedirán los correspondientes títulos definitivos de acciones.

**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, para un precio total de la suscripción de \$1.730.822.486,85.

**QUINTO:** El precio de las acciones cuya suscripción se ofrece en el numeral anterior se pagará de la siguiente manera:

- a. La tercera parte del valor de la suscripción, es decir la suma de \$571.420,66, se pagará de la siguiente manera:
  - i. La suma de \$519.246.746,05 en dinero efectivo, en la fecha de aceptación de la oferta de suscripción y contra entrega de los títulos provisionales de las acciones adquiridas
  - ii. La suma de \$51.924.674,61, mediante compensación del 80% del valor que en la fecha de aceptación de la oferta facture Molino Florhuila S.A. a Alienergy S.A. por concepto de suministro de cascarilla.
- b. El saldo, es decir la suma de \$1.159.651.066,19, será pagada mediante compensación del 80% del valor adeudado por Alienergy S.A por concepto de suministro cascarilla, teniendo en cuenta que la totalidad de este saldo debe quedar totalmente pagado a más tardar a los 12 meses de la fecha de aceptación de la oferta de suscripción.
- c. Teniendo en cuenta lo anterior, los 11 meses de aceptación de la oferta las partes establecerán la cantidad de cascarilla que Molino Flor Huila S.A. debe entregar a Alienergy S.A. con el fin de pagar los saldos pendientes por concepto de esta suscripción mediante la compensación a que se refiere el literal b anterior, cantidad que será entregada a más tardar un día hábil antes de la expiración del plazo de dos años contados a partir de la fecha de aceptación de la oferta de suscripción.
- d. Las acciones serán liberadas en proporción al precio efectivamente pagado, para lo cual las partes de manera semestral efectuarán la correspondiente liquidación, con base en la cual se expedirán los correspondientes títulos definitivos de acciones.

**SEXO:** Ordenar al Gerente de la sociedad, remitir a Molinos Roa S.A. y a Molino Flor Huila S.A. la oferta de suscripción de acciones de Alienergy S.A en los términos establecidos en este reglamento.

**SÉPTIMO:** Las ofertas de suscripción de acciones estarán vigentes por un término de quince días hábiles contados a partir de la fecha de su envío a Molinos Roa S.A. y a Molino Flor Huila S.A.

Notaría Cuarenta y Seis  
 Calle 150 No. 10-10  
 Bogotá República de Colombia  
 Luz Mary Calderín  
 Notaria Cuarenta y Seis

15001

**OCTAVO:** Las acciones que no sean suscritas por Molinos Roa S.A. y/o Molino Florhuila S.A., volverán a la reserva".

presentado por  
1

\*Oficio de 22 de diciembre de 2009, suscrito por el representante legal de Molinos Florhuila S.A., dirigido a Alienergy S.A., mediante el cual acepta la oferta de suscripción de acciones de 18 de diciembre de 2009 y adjunta los documentos con los que se acredita el pago de la tercera parte del valor total de la suscripción, documentos de los que se destacan: "b. Acta suscrita por funcionarios autorizados acreditando la entrega por Molinos Roa S.A. a Alienergy S.A. de cascarilla de arroz por un valor total de \$64.905.843,26; c. Factura No. FV 01-95520 expedida por Molinos Florhuila S.A. por concepto de suministro de Alienergy S.A. de cascarilla de arroz por un valor total de \$64.905.843,26"<sup>10</sup>.

\*Oficio de 22 de diciembre de 2009, suscrito por el representante legal de Molinos Roa S.A., que es el mismo de Molinos Florhuila S.A., dirigido a Alienergy S.A., mediante el cual acepta la oferta de suscripción de acciones de 18 de diciembre de 2009 y adjunta los documentos con los que se acredita el pago de la tercera parte del valor total de la suscripción, documentos de los que se destaca: "b. Acta suscrita por funcionarios autorizados acreditando la entrega por Molinos Roa S.A. a Alienergy S.A. de cascarilla de arroz por un valor total de \$122.594.156, 74; c. Factura No. FO 02-400398 expedida por Molinos Roa S.A. por concepto de suministro de Alienergy S.A. de cascarilla de arroz por un valor total de \$122.594.156, 74"<sup>11</sup>

De los documentos en mención se desprende:

(i) el 7 de diciembre de 2009, la Asamblea General de Accionistas de Alienergy S.A., autorizó a la Junta Directiva para colocar acciones de ésta sociedad, sin sujeción al derecho de preferencia, en Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A.

(ii) el 9 de diciembre de 2009, la Junta Directiva de Alienergy S.A. expidió y aprobó el "Reglamento de Colocación de Acciones de Alienergy S.A.", en el que dispuso, de acuerdo con el monto de acciones ofrecidas, que una tercera

<sup>10</sup> CD No.1 carpeta 11-92744 CP-1, página 252, antecedentes administrativos.  
<sup>11</sup> CD No. 1 carpeta 11-92744 CP-1, página 253, antecedentes administrativos.

parte del precio de las acciones cuya suscripción se ofrecía a Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A., sería pagada mediante "compensación del 80% del valor que en la fecha de aceptación de la oferta facture Molinos Roa S.A. a Alienergy S.A. por concepto de suministro de cascarilla." y que el saldo sería pagado mediante compensación del 80% del valor adeudado por Alienergy S.A. por concepto de suministro de cascarilla.

(iii) tanto Molinos Roa S.A. como Molinos Florhuila S.A. aceptaron la oferta de suscripción de acciones de Alienergy S.A., el 22 de diciembre de 2009, adjuntando los documentos correspondientes a las actas que acreditaban la entrega a Alienergy S.A. de la cascarilla de arroz y las facturas por concepto de suministro de cascarilla de arroz.

Por lo expuesto, se encuentra demostrado que, efectivamente, la adquisición de las acciones de Alienergy S.A., por parte de Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A., se perfeccionó el 22 de diciembre de 2009, cuando las mismas aceptaron la oferta de suscripción en los términos indicados en el "Reglamento de Colocación de Acciones de Alienergy S.A.", fecha que no se cuestiona por la Superintendencia de Industria y Comercio, según se observa en la Resolución No. 3703 de 5 de febrero de 2013, acto acusado, cuando señala (Fl. 93 c.1.):

"(...)

Ahora bien, partiendo de lo anteriormente expuesto, este Despacho considera que con fundamento en la información obrante en el expediente, la operación realizada por las empresas investigadas debía someterse al deber previo de información de integraciones, en tanto que para la fecha en que se llevó a cabo, esto es el 22 de diciembre de 2009, ALENERGY efectivamente hacía parte de la cadena de valor en la que intervienen MOLINOS FLORHUILA y MOLINOS ROA, pues está demostrado que era un participante en el mercado de aprovechamiento industrial de biomásas, incluida la cascarilla de arroz..."  
(Destacado por la Sala).

Explicado lo anterior, pasa la Sala a verificar si efectivamente Alienergy S.A. pertenecía a la misma cadena de valor de Molinos Roa y Molinos Florhuila S.A., esto es, si participaba en el aprovechamiento industrial de las biomásas provenientes de la cascarilla de arroz, tanto para el momento de la operación de integración -22 de diciembre de 2009-, como con anterioridad a la misma, para lo cual es necesario analizar las pruebas

tenidas en cuenta por la Superintendencia de Industria y Comercio, con el fin de tomar la decisión que aquí se cuestiona, así como otras allegadas al proceso.

Las pruebas controvertidas por la parte demandante y en las que en criterio de la misma se basó la Superintendencia de Industria y Comercio para concluir que Alienergy S.A. al momento de la compraventa de acciones e incluso con anterioridad, se encontraba en la misma cadena de valor que Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A., son: (i) la página web oficial de Alienergy S.A., (ii) el informe de gestión de ésta del año 2009, (iii) el testimonio del representante legal de la sociedad BIO+SA S.A., y (iv) las compraventas de arroz entre Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A. y la sociedad BIO+SA S.A., pruebas que pasa la Sala a evaluar en el siguiente orden:

(i) Página Web Oficial Alienergy S.A., Sección "EMPRESA - QUIENES SOMOS"

Verificada la sección de ésta página se observa<sup>12</sup>:

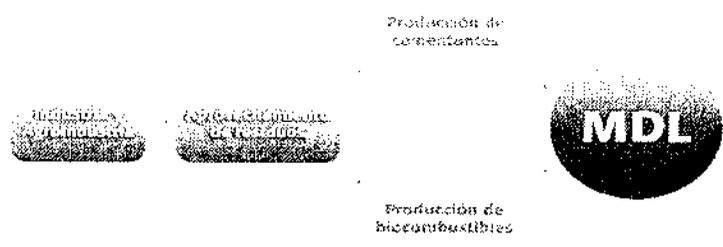
"(...)

Quiénes somos.

**ALIENERGY S.A. es una empresa colombiana que surge como una alternativa importante y una respuesta idónea ante las inquietudes de tipo ambiental, que tienen las empresas de hoy.**

ALIENERGY S.A. tiene como objeto principal la planeación, definición, estructuración, financiación y/o la operación de proyectos que contribuyan a la conservación y mejoramiento del medio ambiente y promuevan el desarrollo sostenible.

<sup>12</sup> Consultada el 17 de abril de 2015. Link: <http://www.alienergy.com.co/quienes.html>



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.

Finalizando el año 2009, el grupo Roa y Florhuíla adquirió el 52% de las acciones de Alienergy, proporcionándole así el plus necesario para la consolidación de proyectos ambientales de gran escala." (Destacado por la Sala).

Del anuncio publicitario se observa que Alienergy S.A. señaló de manera general que había heredado la experiencia y propiedad de todos los proyectos realizados por la sociedad BIO+A S.A., afirmación que fue tomada en cuenta por la Superintendencia de Industria y Comercio para tomar su decisión; este aspecto es cuestionado por la parte demandante quien señaló que BIO+A S.A. en realidad cedió sólo algunos proyectos específicos que no tenían relación con la cascarilla del arroz.

Señala la parte demandante que lo anterior se observa en las actas Nos. 3 y 4 de 2009 de la Junta Directiva de Alienergy S.A., en las que se aprecia que la cesión del contrato celebrado con Brinsa no pudo haberse referido a ningún producto de la cadena de valor de arroz, en la medida en que Brinsa no trabaja con dichos productos, según su página web y, por ende, la labor de Alienergy S.A. consistió en analizar los subproductos derivados de los procesos productivos de Brinsa y evaluar su utilidad en el desarrollo del objeto social de dicha empresa; Brinsa y Alienergy S.A. terminaron la oferta comercial cedida por BIO+SA S.A. y realizaron un nuevo acuerdo para la elaboración de un nuevo estudio que tampoco tenía ninguna relación con el arroz ni la cascarilla.

Con respecto a la cesión del negocio jurídico entre BIO+SA S.A. y Dresden Ingeniería Ltda. y Productos Cerámicos Flam S.A., señaló la parte demandante que el objeto del contrato referido era la prestación de servicios de consultoría y que revisadas las páginas de dichas sociedades se constata, según los actores, que la maquinaria, la arcilla y la cerámica no se derivan del arroz y tampoco producen como residuo, cascarilla de arroz.

De otro lado, frente a la cesión del negocio jurídico entre BIO+SA S.A. y Arcillas Santa Ana, indicó la parte demandante, que se trata de un servicio de consultoría y que la sociedad Arcillas Santa Ana no se dedicaba a ninguna actividad relacionada con el arroz, como consta en su página web.

Pasa la Sala a pronunciarse sobre los argumentos expuestos por la parte actora.

\* Según el Acta No. 3 de 26 de marzo de 2009, suscrita por la Junta Directiva de Alienergy S.A., se autorizó al representante legal de la sociedad mencionada para celebrar un contrato de cesión de negocio jurídico para la prestación del servicio de consultoría para la utilización de biomásas<sup>13</sup> con las sociedades BIO+A y Arcillas Santa Ana S.A:

“

3. AUTORIZACIÓN AL REPRESENTANTE LEGAL. Para celebrar contrato de cesión de negocio jurídico con las sociedades Bio+a S.A. y Arcillas Santa Ana S.A.

El Gerente manifiesta que esta en negociaciones con la sociedad Bio+a S.A. y Arcillas Santa Ana S.A., para celebrar un contrato de cesión del negocio jurídico para la prestación de servicios de consultoría para la utilización de biomásas, que en la actualidad está ejecutando la sociedad Bio+a S.A. con Arcillas Santa Ana S.A.

La Junta Directiva de ALIENERGY S.A. en uso de sus atribuciones legales y estatutarias y con el voto unánime de los presentes:

**RESUELVE:**

PRIMERO: Por unanimidad autorizar al Representante Legal de la compañía para celebrar contrato con las sociedades Bio+a S.A. y Arcillas Santa Ana S.A. de cesión de negocio jurídico para la prestación del servicio de consultoría para la utilización de biomásas.

\* Del Acta No. 4 de 24 de abril de 2009, suscrita por la Junta Directiva de Alienergy S.A., se evidencia que se autorizó al representante legal de la

<sup>13</sup> CD No. 1 carpeta 11-92744 CP-2, página 51, antecedentes administrativos.

sociedad para celebrar contrato con las sociedades BIO+A y DRESDEN INGENIERÍA LTDA. y PRODUCTOS CERÁMICOS FLAM S.A. de cesión de negocio jurídico para la prestación del servicio de consultoría para la utilización de biomasa<sup>14</sup>:

“

5. AUTORIZACIÓN AL REPRESENTANTE LEGAL. Para celebrar contrato de cesión de negocio jurídico con las sociedades Bio+a S.A. y DRESDEN INGENIERÍA LTDA. y PRODUCTOS CERÁMICOS FLAM S.A. .

El Gerente manifiesta que esta en negociaciones con la sociedad Bio+a S.A. y DRESDEN INGENIERÍA LTDA. y PRODUCTOS CERÁMICOS FLAM S.A. ., para

celebrar un contrato de cesión del negocio jurídico para la prestación de servicios de consultoría para la utilización de biomasa, que en la actualidad está ejecutando la sociedad Bio+a S.A. con DRESDEN INGENIERÍA LTDA. y PRODUCTOS CERÁMICOS FLAM S.A. .

La Junta Directiva de ALIENERGY S.A. en uso de sus atribuciones legales y estatutarias y con el voto unánime de los presentes:

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Por unanimidad autorizar al Representante Legal de la compañía para celebrar contrato con las sociedades Bio+a S.A. y DRESDEN INGENIERÍA LTDA. y PRODUCTOS CERÁMICOS FLAM S.A. . de cesión de negocio jurídico para la prestación del servicio de consultoría para la utilización de biomasa

\*Documento del que se evidencia la celebración del contrato de cesión de negocio jurídico con las sociedades BIO+A S.A. y BRINSA S.A., sin embargo se advierte que no se puede constatar el número del acta en la que se discutió por la Junta Directiva de Alienergy S.A. tal tema:

<sup>14</sup> CD No. 1 carpeta 11-92744 CP-2, páginas 50 y 52, antecedentes administrativos.

5. **AUTORIZACIÓN AL REPRESENTANTE LEGAL.** Para celebrar contrato de cesión de negocio jurídico con las sociedades Bio+a S.A. y Brinsa S.A.

El Gerente manifiesta que está en negociaciones con la sociedad Bio+a S.A. y Brinsa S.A., para celebrar un contrato de cesión de negocio jurídico para la prestación de servicios de recolección y retiro de subproductos derivados del perfeccionamiento de la oferta mercantil que en la actualidad está ejecutando la sociedad Bio+a S.A. con Brinsa S.A.

La Junta Directiva de ALIENERGY S.A. en uso de sus atribuciones legales y estatutarias y con el voto unánime de los presentes:

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Por unanimidad autorizar al Representante Legal de la compañía para celebrar contrato con las sociedades Bio+a S.A. y Brinsa S.A. de cesión de negocio jurídico para la prestación del servicio de recolección y retiro de subproductos derivados del perfeccionamiento de la oferta mercantil OC- 001-08 del 06 de octubre del 2008 emitida por Bio+a S.A. y aceptada por Brinsa S.A., mediante carta de aceptación de fecha 8 de octubre del 2008, por cuantía indeterminada.

Revisado el contenido de las actas Nos. 3 y 4 de la Junta Directiva de Alienergy S.A., así como del documento del que se evidencia la celebración del contrato de cesión de negocio jurídico con las sociedades BIO+A S.A. y BRINSA S.A., se desvirtúa la afirmación de la parte demandante en el sentido de que tales contratos, por ser de consultoría, no tienen incidencia en la cadena de valor.

Por el contrario, estima esta Sala que, justamente, la utilización de formas para el recaudo de experiencia y conocimiento (know how) en relación con la consultoría para el proceso de biomasa, una de las cuales es la cascarilla de arroz, permiten constatar que Alienergy S.A. se encontraba desde el 26 de marzo de 2009 integrando la cadena de valor del arroz, en la medida en que se trató de servicios (consultoría) que sin duda contribuirían a dicha cadena con el aporte propio de esa clase de estudios en materia de aspectos como la disminución de costos, la introducción de tecnologías, etc.

La circunstancia de que no estuviese en esas fechas haciendo parte del proceso de aprovechamiento del cereal tantas veces mencionado desde el punto de vista material, no significa que se encontrara al margen de la cadena de valor pues, de hecho, estaba brindando un aporte fundamental en la estructuración del proceso industrial a partir del aporte de conocimiento, experiencia y proyección para el mejoramiento del proceso productivo.

\*Anuncio en la página web de Alienergy S.A., sección "Proyectos – Proyectos actuales" de la que se destaca<sup>15</sup>:



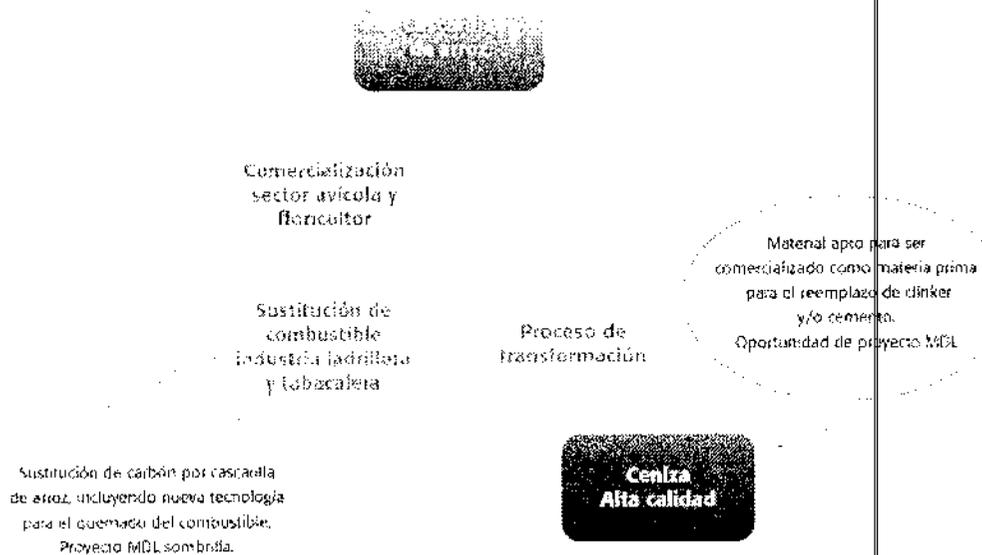
### Sustitución de combustible por cascarilla de arroz en ladrilleras y tabacaleras en las zonas de Huila y Meta.

1. La sustitución de carbón por biomasas en la industria ladrillera y tabacalera es nuestro proyecto MDL sombrilla que venimos trabajando hace 2 años.

Con pruebas de tecnología de quemado de combustible realizadas en el 2008, creamos la manera de sustituir carbón por biomasa para la producción de ladrillo.

En la actualidad, nos encontramos realizando el diseño del proyecto para su inscripción en Naciones Unidas.

Por otro lado, se iniciarán las pruebas con otro tipo de quemadores adecuados para otra clase de hornos de ladrillo, con el fin de poder abarcar más ladrilleras dentro de nuestro proyecto.



Del anuncio publicitario se deriva con claridad que Alienergy S.A., por lo menos desde el año 2008, había realizado pruebas de tecnología de

<sup>15</sup> [http://www.alienergy.com.co/proyectos\\_2b.html](http://www.alienergy.com.co/proyectos_2b.html) consultada el 20 de abril de 2015, también obra a folios 202 a 204 del cuaderno No. 1.

quemado de combustibles con la finalidad de sustituir carbón por biomasa para la producción de ladrillo, biomasa que corresponde a la cascarilla de arroz como se observa del flujograma plasmado en dicho anuncio; por lo tanto dicho anuncio publicitario muestra que Alienergy S.A. desarrollaba tecnología para el aprovechamiento de la cascarilla de arroz y este componente es, sin duda, uno de los integrantes, sino el fundamental, de la cadena de valor en estos nuevos desarrollos agroindustriales.

\*Certificado de Existencia y Representación de Alienergy S.A. del que se destaca el objeto social y la fecha de constitución de la sociedad:

"(...)

CERTIFICA:

CONSTITUCION: QUE POR DOCUMENTO PRIVADO DE ASAMBLEA CONSTITUTIVA DEL 16 DE ENERO DE 2009, INSCRITA EL 22 DE ENERO DE 2009 BAJO EL NUMERO 01269713 DEL LIBRO IX, SE CONSTITUYO LA SOCIEDAD COMERCIAL DENOMINADA ALIENERGY S A.

CERTIFICA:

OBJETO SOCIAL: EL OBJETO PRINCIPAL DE LA SOCIEDAD SERÁ LA ELABORACIÓN Y PLANIFICACIÓN, ESTRUCTURACIÓN, FINANCIACIÓN, OPERACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE PROYECTOS QUE PROTEJAN Y CONSERVEN EL MEDIO AMBIENTE Y/O QUE PROMUEVAN O CONTRIBUYAN CON EL DESARROLLO SOSTENIBLE DESDE LA PERSPECTIVA MEDIOAMBIENTAL, CONTRIBUYENDO AL DESARROLLO DE UNA PRODUCCIÓN MAS LIMPIA Y INCLUYENDO PERO SIN LIMITARSE (I) LA PROMOCIÓN DEL CONSUMO Y COMPRAVENTA DE BIOMASAS; (II) EL APROVECHAMIENTO DE COMBUSTIBLES ALTERNATIVOS; (III) EL APROVECHAMIENTO DE MADERAS Y/O BIOMASAS 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 ENERGIA DE ORIGEN RENOVABLE; (V) CONSULTORÍA EN SOLUCIONES TECNOLOGICAS PARA REDUCIR EL IMPACTO AMBIENTAL; (VI) IDENTIFICACIÓN DE TECNOLOGÍAS DONDE

PUEDAN SER APLICADAS A LAS BIOMASAS PARA LA GENERACIÓN DE ENERGÍA; (VII) LA PRESTACIÓN DE ASESORIAS EN ACTIVIDADES RELACIONADAS CON EL APROVECHAMIENTO DE LOS RESIDUOS INDUSTRIALES Y ORGÁNICOS; (VIII) LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE TRANSPORTE DE BIOMASAS, RESIDUOS INDUSTRIALES Y ORGÁNICOS, EN CUALQUIERA DE SUS MODALIDADES, SERVICIOS DE ADMINISTRACIÓN VEHÍCULOS DE CARGA Y EQUIPOS ESPECIALIZADOS EN TRANSPORTE DE CARGA. EN DESARROLLO DE SU OBJETO SOCIAL Y PARA SU

Además, según se advierte en el certificado transcrito, Alienergy S.A. desde su constitución -16 de enero de 2009-, se planteó como un agente en el aprovechamiento de biomasa, concretamente de la cascarilla de arroz, como se aprecia en su objeto social, argumento que corrobora lo analizado por la Superintendencia de Industria y Comercio<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> "Por otra parte, y si en gracia de discusión se admitiera que ALIENERGY en el momento específico de la integración no participaba en el mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz de conformidad con el supuesto (i) arriba mencionado, para el Despacho es claro que dicha

\*Dentro del expediente también obra una relación de ventas de cascarilla de arroz entre los años 2008 y junio de 2011, de Molinos Florhuila S.A. y de Molinos Roa S.A., según la cual para el 15 de enero de 2010, dichas sociedades vendieron cascarilla de arroz a Alienergy S.A.<sup>17</sup>, lo que desvirtúa lo manifestado por la parte demandante en el sentido de que tan sólo cuatro meses después de la operación de integración -22 de diciembre de 2009-, esto es, el 6 de abril de 2010, Alienergy S.A. habría iniciado los negocios relacionados con la adquisición de cascarilla de arroz.

En este mismo sentido, cabe señalar que si la tesis de la demandante es que para la fecha de integración, 22 de diciembre de 2009, Alienergy S.A. no desarrollaba actividades materiales de transformación de la cascarilla de arroz; tal planteamiento ya ha sido desvirtuado por dos razones, que ahora se encadenan:

(i) la primera, que como ya se expresó, el desarrollo tecnológico de Alienergy S.A. en materia de aprovechamiento de la cascarilla de arroz, documentado desde el 2008, lo convirtió, de suyo, en integrante de la cadena del arroz desde las dos fechas ya reseñadas, el 26 de marzo de 2009 y el 24 de abril del mismo año, cuando se autorizó al representante legal, por parte de la junta directiva de la empresa, para la suscripción de los contratos de consultoría mencionados; y (ii) la segunda, si el 15 de enero de 2010 se realizó el contrato de suministro de cascarilla proveniente de las sociedades Molinos Florhuila S.A., Molinos Roa S.A. a Alienergy S.A., es razonable suponer que le precedió un montaje sofisticado desde el punto de vista de la tecnología requerida y del aparataje industrial, que se tuvo que concebir e iniciar con bastante antelación a la fecha de venta de la cascarilla: 15 de enero de 2010; lo contrario, supondría que en un lapso excesivamente breve, el comprendido entre el 22 de diciembre de 2009 y el 15 de enero de 2010, Alienergy S.A. se hubiera decidido por un proceso industrial complejo, situación que no corresponde a la forma como se conduce esta clase de asuntos.

---

empresa estaba también inmersa en el supuesto (ii), en tanto que en el expediente existe evidencia de que tenía la capacidad (en términos de activos, capital humano, capacidad financiera, entre otras), la firme intención y el compromiso de realizar transacciones y obtener ingresos en este mercado en el futuro cercano". (Fl. 95 c.1.).

<sup>17</sup> CD No. 1 carpetas 11-92744 CR-1 y CR-2, páginas 119 y 11, antecedentes administrativos.

\*Así mismo, se debe tener en cuenta el contenido del Acta No. 5 de la Junta Directiva de Alienergy, antes transcrito, en la que se expidió y aprobó el "Reglamento de Colocación de Acciones de Alienergy S.A.", y se dispuso, de acuerdo con el monto de acciones ofrecidas, que la tercera parte del precio de las acciones cuya suscripción se ofrecía a Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A., sería pagada mediante "compensación del 80% del valor que en la fecha de aceptación de la oferta facture Molinos Roa S.A. a Alienergy S.A. por concepto de suministro de cascarilla." y que el saldo sería pagado mediante compensación del 80% del valor adeudado por Alienergy S.A. por concepto de suministro de cascarilla, lo que corrobora la intención de Alienergy S.A. de participar en el mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz.

\*Igualmente, resulta pertinente tener en cuenta los escritos de 22 de diciembre de 2009, suscritos por las sociedades Molinos Florhuila S.A. y Roa S.A., mediante los cuales aceptaron el ofrecimiento de las acciones por parte de Alienergy S.A. con las condiciones establecidas en el reglamento, junto con los documentos adjuntados como son las actas que acreditaban la entrega a Alienergy S.A. de la cascarilla de arroz y las facturas por concepto de suministro de cascarilla de arroz, por cuanto con estos documentos se entiende que una vez efectuada la integración empresarial, esto es, para el 22 de diciembre de 2009, cuando se aceptó la oferta de las acciones por parte de Molinos Roa S.A. y Florhuila S.A., Alienergy S.A., efectivamente participó en el aprovechamiento de la cascarilla de arroz, pues había obtenido como pago el suministro de dicha materia prima.

(ii) Informe de gestión de Alienergy S.A. correspondiente al año 2009

Señala la parte demandante que dicho informe no fue analizado en su integridad por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, razón por la cual la Sala pasará a analizar el contenido del mismo.

Una vez estudiado el Informe de Gestión de Alienergy S.A. del año 2009, la Sala se permite efectuar las siguientes consideraciones:

1. Durante el año 2009 Alienergy S.A. inició el proyecto de ladrillo en frío y avanzó en el proyecto MDL sombrilla para las ladrilleras correspondientes a los departamentos del Huila, Cundinamarca, Meta y Casanare, lo que concuerda con la publicidad enunciada en su página Web, Sección "Proyectos – Proyectos actuales", antes aludida, respecto de los departamentos de Huila y Meta, publicidad que, como ya se mencionó, está relacionada con el aprovechamiento de la cascarilla de arroz.

2. Si bien se indica en el informe que se espera antes de la mitad de 2010, iniciar la operación de comercialización de cascarilla de arroz, tal acción se relaciona, concretamente, con la sociedad Enmiendas Salamanca S.A., lo que no puede generalizarse para entender que tal afirmación corresponda a todas las sociedades con quienes tiene alianzas Alienergy S.A.

3. Si bien se indica el origen de los ingresos obtenidos por Alienergy S.A. ello no significa que Alienergy S.A. no hubiese empezado a participar de tiempo atrás en la actividad relacionada con la cascarilla de arroz.

4. En el informe se manifiesta el cierre de la venta de acciones de Alienergy S.A. a Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A., resaltando en el balance general la forma de pago de las mismas; aquí se encuentra el valor de 150 millones de pesos en cascarilla en el mes de enero de 2010, lo que corrobora lo ya mencionado en el sentido de que el suministro de cascarilla no se hizo el 6 de abril de 2010 sino en enero de 2010.

5. Se menciona, además, que Alienergy S.A. comenzará la comercialización de cascarilla de arroz, para obtener el control del 100% del mercado de éste subproducto, lo que ratifica la intención de participar en el mercado de la cascarilla de arroz; y no sólo en el de las consultorías sobre biomasas lo cual, de suyo, como se dijo arriba, es suficiente para poner en evidencia su participación en la cadena de valor de que se trata.

(iii) El testimonio del representante legal de la sociedad BIO+A S.A. y las compraventas de arroz efectuadas entre Molinos Roa S.A. y Florhuila S.A. y la sociedad BIO+A S.A.

En síntesis, señala la parte demandante que éstas pruebas demuestran que BIO+A S.A. no heredó a Alienergy S.A. el proyecto relacionado con la cascarilla de arroz y, por el contrario, se deduce que BIO+A S.A. continuó existiendo con posterioridad a la creación de Alienergy S.A. y siguió desarrollando su actividad económica de compra de la cascarilla de arroz hasta el año 2010.

Para resolver el presente argumento estima la Sala pertinente analizar el testimonio rendido por el señor Edgar Ramírez Martínez, representante legal de la sociedad BIO+A S.A., el 1 de junio de 2012, en el curso de la investigación administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio<sup>18</sup>:

"(...) PREGUNTADO: Cuál es la actividad principal de la compañía BIO+A S.A. CONTESTA: Se dedica, aclara que en este momento está en estado de liquidación bajó la última asamblea de accionistas que se hizo ahora el 31 de marzo, esa sociedad se dedica a todo lo que tiene que ver con la compra de biomásas y cualquier tipo de materiales que sirvan como combustibles alternos para la industria de cemento o cualquier combustible que genere calor (...). PREGUNTADO: BIO+A S.A. compra cascarilla de arroz. CONTESTA: En este momento no compramos, pero hasta el año 2010 compramos. PREGUNTADO: Quienes son los principales proveedores de cascarilla de arroz. CONTESTA: En su momento nuestro proveedor fue Molinos Roa (...). PREGUNTADO: Cuál fue el motivo para que dejaran de comprar cascarilla de arroz. CONTESTA: Nosotros firmamos con ellos unos contratos en donde pactamos la compra de unas toneladas de arroz de acuerdo a la producción, empezaron a suministrarnos en enero del año 2009 y en su contrato (...) nosotros comprábamos tonelada de cascarilla de arroz a 12.000 pesos, transcurrió más o menos un año y más o menos como a mediados del año 2010n, más exactamente junio de 2010, terminamos el contrato porque el proveedor nos aumentó los precios (...). PREGUNTADO: Usted conoce la sociedad Alienergy S.A. CONTESTA: Si he escuchado hablar de la sociedad Alienergy. PREGUNTADO: Es de su conocimiento la actividad principal de esta

<sup>18</sup> CD No. 2 carpeta 8 (Pública 2), Folio 1292, antecedentes administrativos

compañía. CONTESTA: Hasta donde entiendo se dedica a la compraventa de todo lo que tiene que ver con combustibles alternos y proyectos, pues relacionados con la industria del aprovechamiento de desperdicios reciclables. PREGUNTADO: Existe alguna relación entre BIO+A S.A. y Alienergy S.A. CONTESTA: No existe (...).

De la declaración anterior se observa que la actividad principal de BIO+A S.A. es la compra de biomاسas, dentro de las que se encuentra la cascarilla de arroz, la cual fue adquirida en junio de 2010, lo que se corrobora con los documentos que obran en el expediente, como facturas; no obstante la Sala desestima el argumento de la parte actora según el cual como la sociedad BIO+S.A. continuó comprando hasta el 2010 cascarilla de arroz, Alienergy S.A. no heredó tal proyecto de dicha sociedad, toda vez que Alienergy S.A. desarrolló la actividad mencionada no por haberla heredado de BIO+A S.A., sino porque la desarrolló en forma autónoma, pues así se lo permitía su objeto social, desde el momento de constitución de la sociedad -16 de enero de 2009-.

Además no obra prueba alguna que demuestre lo contrario, esto es, que Alienergy S.A. no desarrollaba negocios propios con la cascarilla de arroz, sino todo lo contrario, incluso desde el año 2008, como ya ha quedado suficientemente documentado.

Por lo expuesto, concluye la Sala que, efectivamente, desde antes de la Integración empresarial -22 de diciembre de 2009- Alienergy S.A. participaba en el mercado de la cascarilla de arroz; y, por ende, pertenecía a la misma cadena de valor que Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A.

**Cargo tercero. Violación de los artículos 174, 175 y 187 del Código de Procedimiento Civil**

**Argumentos de la parte demandante**

El término de biomاسas no se refiere necesariamente a la cascarilla de arroz, lo que significa que cualquier negocio relacionado con la utilización de biomاسas no está relacionado con tal producto, por lo tanto la

Superintendencia de Industria y Comercio efectuó una inadecuada valoración probatoria.

### **Argumentos de la Superintendencia de Industria y Comercio**

Solicitó que se tengan en cuenta los argumentos expuestos en el cargo segundo.

### **Análisis de la Sala**

Advierte la Sala, del contenido del acto acusado- Resolución No. 3703 de 5 de febrero de 2013-, que la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio se fundamentó en un informe motivado que rindió la Delegatura de dicha entidad, en el que recomendó sancionar a los investigados por considerar que con su actuación vulneraron el deber legal previsto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

Contrario a lo argumentado, se observa que la Superintendencia de Industria y Comercio hizo una valoración probatoria en conjunto de varias pruebas, de las que dedujo que, efectivamente, la biomasa a la que se hacía referencia en el caso en concreto era a la cascarilla de arroz; esto se puede confirmar con las pruebas aquí analizadas en las que, concretamente, se aludió a tal producto; en efecto, así se aprecia en el Acta No. 5 de 9 de diciembre de 2009 y en el anuncio publicitario en la página web de Alienergy S.A., sección "Proyectos – proyectos actuales – sustitución de combustible por cascarilla de arroz en ladrilleras y tabacaleras en las zonas de Huila y Meta", pruebas que ya fueron analizadas en el capítulo previo.

Por las razones expuestas, el cargo no prospera.

### **Condena en costas**

Según el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, salvo en los procesos en los que se ventile un interés público y su liquidación y ejecución se regirán por las normas del C.P.C.:

**“Artículo 188. Condena en costas.** Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”.

El artículo 392 del Código de Procedimiento Civil dispone en su numeral 1, que: “1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.”.

Por lo anterior, se ordenará condenar en costas y adelantar el trámite correspondiente, por Secretaría, en armonía con los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil.

### Decisión

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN “A”**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **FALLA**

**PRIMERO. NIÉGANSE** las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por las sociedades Molinos Florhuila S.A., Molinos Roa S.A. y Alienergy S.A. y por los señores Hernando Rodríguez Rodríguez y Jairo Antonio Echavarría Bustamante contra la Superintendencia de Industria y Comercio.

**SEGUNDO.- CONDÉNASE** en costas a las sociedades Molinos Florhuila S.A., Molinos Roa S.A. y Alienergy S.A. y a los señores Hernando

Rodríguez Rodríguez y Jairo Antonio Echavarría Bustamante; por Secretaría, liquídense las mismas de conformidad con el Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 188 del C.P.A.C.A.

**TERCERO.** Por Secretaría, efectúese la liquidación de los gastos del proceso y devuélvase los remanentes si a ello hay lugar.

**CUARTO.** En firme esta providencia archívese el expediente y devuélvase los anexos sin necesidad de desglose.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Aprobado en Sala realizada en la fecha.



**LUIS MANUEL LASSO LOZANO**  
Magistrado



**CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO**  
Magistrada



**FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA**  
Magistrado