



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

RESOLUCIÓN NÚMERO (20874) DE 2013

23 ABR 2013

Radicación No. 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,
En ejercicio de sus facultades legales, y en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011¹, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992², y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 56629 del 18 de octubre de 2011³, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la "Delegatura") ordenó abrir investigación para determinar si las sociedades MOLINOS ROA S.A. (en adelante "MOLINOS ROA"), MOLINOS FLORHUILA S.A. (en adelante "MOLINOS FLORHUILA") y ALIENERGY S.A. (en adelante "ALIENERGY"), actuaron en contravención de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

Asimismo, la mencionada Resolución ordenó abrir investigación para determinar si los señores ANÍBAL ROA VILLAMIL, Presidente y Representante Legal de MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA; HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Gerente General y Representante Legal de MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA; JAIRO ANTONIO ECHAVARRÍA BUSTAMANTE, Gerente General para el año 2009 de ALIENERGY y la señora MARIA ISABEL LASSO HOYOS, Gerente General actual de ALIENERGY, incurrieron en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber autorizado, ejecutado o tolerado la conducta objeto de investigación.

SEGUNDO: Que una vez culminó la etapa probatoria y se realizó la audiencia de descargos, la Delegatura presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el informe de la investigación (en adelante "Informe Motivado"), en el cual recomendó sancionar a los investigados por considerar que su conducta constituyó una violación del deber legal de informar previamente una integración empresarial, que se encuentra establecido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

El Informe Motivado señaló, entre otros aspectos, los siguientes:

¹ Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el del Decreto 1687 de 2010.

² Modificado por el Decreto 019 de 2012.

³ Folios 1134 a 1149 del Cuaderno Público 1 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

La Delegatura analizó si la operación realizada entre MOLINOS ROA, MOLINOS FLORHUILA y ALIENERGY, cumplía con los supuestos subjetivo, objetivo y cronológico que deben concurrir para que surja la obligación de informar una concentración económica ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

En relación con el supuesto subjetivo, la Delegatura verificó que en la operación realizada por MOLINOS ROA, MOLINOS FLORHUILA y ALIENERGY, se encontraban demostrados los siguientes hechos:

- i. Que MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA (sociedades que se encontraban bajo un mismo direccionamiento económico) adquirieron el control de la empresa ALIENERGY, en la medida en que MOLINOS ROA adquirió el 34% de las acciones de ésta última y MOLINOS FLORHUILA, por su parte, el 18% de las acciones.
- ii. Que MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA pertenecen a la misma actividad agropecuaria, referida en el caso concreto a la compra, procesamiento y venta de arroz (industria arrocera).
- iii. Que ALIENERGY es una empresa que pertenece a la misma cadena de valor de MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA (industria arrocera), dado que se dedica al aprovechamiento industrial de biomásas, incluyendo la denominada cascarilla de arroz, subproducto del proceso industrial de la actividad molinera, y definida como insumo para la generación de energías alternativas.
- iv. Que contrario a lo argumentado por las intervinientes en la operación, ALIENERGY empezó a desarrollar actividades relacionadas con procesamiento y transformación de biomásas y subproductos derivados de la industria arrocera antes de diciembre de 2009. Lo anterior, fundamentado en que dicha empresa adquirió previamente la propiedad de todos los proyectos de la empresa BIO+A S.A. (incluyendo algunos en los que se usaba cascarilla de arroz como insumo) y el 6% de las acciones de la sociedad ENMIENDA SALAMANCA S.A., la cual tuvo como finalidad acceder a eficiencias para la comercialización de cascarilla de arroz.
- v. Que el Informe de Gestión de ALIENERGY de 2009 da cuenta de la ejecución de los proyectos heredados de BIO+A S.A., que involucraban la compra de cascarilla de arroz a MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA.
- vi. Que en las Actas de Junta Directiva de ALIENERGY se encontró evidencia que permite determinar que esta empresa participaba en actividades relacionadas con la explotación o aprovechamiento de biomásas. Lo anterior, con fundamento en que en las mencionadas actas se autoriza al representante legal de ALIENERGY a celebrar cesiones de los negocios de BIO+A S.A. relacionados con procesamiento de subproductos con las empresas BRINSA S.A., ARCILLA SANTA ANA S.A., DRESDEN INGENIERIA LTDA y PRODUCTOS CERAMICOS FLAM S.A.
- vii. Que la operación entre MOLINOS ROA, MOLINOS FLORHUILA y ALIENERGY configuró una integración empresarial de carácter vertical que debió ser

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

informada, toda vez que las empresas involucradas en la operación se encontraban en la misma cadena de valor.

En cuanto al supuesto objetivo, la Delegatura determinó que las empresas investigadas, a 31 de Diciembre de 2008, tenían activos conjuntos valorados en \$562.582.424.000, e ingresos operacionales conjuntos valorados en \$1.036.317.373.000. Tales montos resultaban superiores a los cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (100.000 SMLMV) establecidos como umbral para que surgiera la obligación de informar una integración empresarial de conformidad con lo establecido en la Resolución No. 22195 de 2006, que para el 2008 correspondían a \$46.150.000.000. Por consiguiente, las intervinientes superaban el umbral para informar una operación de integración jurídico-económica, establecido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

Adicionalmente, la Delegatura determinó la existencia de una integración entre las empresas investigadas conforme al artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, según el cual las empresas que participen en la misma cadena de valor deben informar previamente las operaciones que proyecten llevar a cabo, sin importar la forma jurídica en que se materialice dicha operación. Lo anterior, con fundamento en que se demostró dentro del expediente que las empresas investigadas se integraron mediante la figura de "adquisición de control", con ocasión de la operación llevada a cabo en el mes de diciembre de 2009, mediante la cual MOLINOS FLORHUILA y MOLINOS ROA adquirieron la mayoría accionaria y el control con el 52% de las acciones de la sociedad ALIENERGY.

En relación con el supuesto cronológico, la Delegatura señaló que la adquisición de control de ALIENERGY por parte de MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA fue realizada el 22 de diciembre de 2009, y posteriormente inscrita en el libro de registro de accionistas en el año 2010, sin que fuese sometida a los procedimientos de notificación o información ante la Superintendencia de Industria y Comercio, conforme con lo previsto en los artículos 9 y 10 de la Ley 1340 de 2009.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Delegatura recomendó al Despacho del Superintendente de Industria y Comercio sancionar a los investigados al concluir que, a pesar de haberse cumplido los supuestos para informar la integración empresarial entre MOLINOS ROA, MOLINOS FLORHUILA y ALIENERGY, las intervinientes no cumplieron con dicho deber legal.

TERCERO: Que del Informe Motivado se corrió traslado a los investigados, quienes en sus observaciones manifestaron que MOLINOS ROA, MOLINOS FLORHUILA y ALIENERGY no cumplían el supuesto subjetivo y, por consiguiente, no existía la obligación de informar la integración empresarial.

En particular, los investigados manifestaron su desacuerdo con la posición de la Delegatura al señalar que ALIENERGY participaba en la misma cadena de valor que MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA por haber heredado, previamente a la integración con los molinos, todos los proyectos de una empresa denominada BIO+A S.A., que compraba y procesaba cascarilla de arroz.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

Para los investigados, ALIENERGY nunca estuvo en la cadena de valor de la industria de arroz ya que ninguno de los proyectos que dicha compañía heredó de BIO+A S.A., o de otras empresas, tenían relación con la compra de cascarilla de arroz. Para sostener lo anterior, los investigados analizaron cada uno de los proyectos heredados por ALIENERGY, para concluir que ninguno de ellos tenía relación con la cadena de valor del arroz.

En adición a lo anterior, los investigados solicitaron que se tuvieran en cuenta como pruebas los documentos que anexaron a su escrito, en razón a que no pudieron ejercer su derecho de defensa respecto de la cesión de contratos de BIO+A S.A. a ALIENERGY, ni en relación con la participación de esta última en la sociedad ENMIENDAS SALAMANCA, por no haber sido mencionados en la resolución de apertura.

CUARTO: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, se escuchó al Consejo Asesor, y posteriormente el Superintendente de Industria y Comercio profirió la Resolución No. 3703 del 5 de febrero de 2013⁴, en la que se determinó que los Investigados violaron las normas de competencia al incumplir el deber legal de informar previamente una integración empresarial, que se encuentra establecido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, y en consecuencia se impusieron sanciones pecuniarias, así:

PERSONAS JURÍDICAS	
EMPRESA	VALOR SANCIÓN
MOLINOS FLORHUILA S.A.	\$43,000,000
MOLINOS ROA S.A.	\$146,000,000
ALIENERGY S.A.	\$281,000,000
PERSONAS NATURALES	
HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ	\$15,000,000
JAIRO ANTONIO ECHAVARRÍA BUSTAMANTE	\$15,000,000

Respecto al señor ANIBAL ROA VILLAMIL, en su calidad de presidente y representante legal de MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA y la señora MARIA ISABEL LASSO HOYOS, en su calidad de actual gerente general de ALIENERGY, consideró el Superintendente que no incurrieron en los hechos que generan la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992⁵.

A continuación se transcriben los hechos y consideraciones que llevaron al Despacho a concluir que MOLINOS ROA, MOLINOS FLORHUILA y ALIENERGY infringieron lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009:

"(...)

⁴ Folios 1497 a 1534 del Cuaderno Público 3 del Expediente.

⁵ Subrogado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

6.3.3. Adecuación de la conducta

(...)

6.3.3.1. Supuesto subjetivo

(...)

a) Pluralidad de empresas

*El término empresa ha sido definido como toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios⁶. Abarca **cualquier tipo de organización capaz de establecer de manera autónoma su comportamiento sobre el mercado**, independientemente de si esta unidad económica es conformada por varias personas jurídicas, o del carácter directo o indirecto de su intervención.*

De acuerdo con lo anterior, este Despacho concluye que MOLINOS ROA, MOLINOS FLORHUILA, y ALIENERGY, sin excepción, se ajustan a la fisonomía jurídica de empresa, en tanto que desarrollan o tienen la capacidad de desarrollar de forma organizada y habitual una serie de actividades de naturaleza económica, labor para la cual tienen destinados a su interior un conjunto de activos.

b) Que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor

(...)

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 materias y/o biomásas, que es la actividad principal de ALIENERGY.

Ahora bien, para establecer si las empresas investigadas participaban en la misma cadena de valor, es necesario determinar si las actividades que desarrollaba ALIENERGY al momento de la operación bajo análisis estaban relacionadas verticalmente con las actividades desarrolladas por MOLINOS FLORHUILA y MOLINOS ROA.

De conformidad con lo expuesto en el numeral 6.3.1 anterior, la cadena de valor en el presente caso está compuesta, en primer lugar, por la actividad de siembra y cosecha del arroz paddy verde, seguida de la actividad industrial de procesamiento del 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.

⁶ Código de Comercio, artículo 25.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

Bajo este contexto, y teniendo en cuenta que no existe discusión en relación a que la actividad de MOLINOS FLORHUILA y MOLINOS ROA incluye la producción de arroz paddy verde, se procederá a establecer si para el momento de la operación, ALIENERGY participaba en el mercado de aprovechamiento industrial de las biomásas, entre ellas, la denominada cascarilla de arroz.

Sobre este particular, se considera que un agente económico participa en un mercado determinado cuando se verifica al 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 competencia⁷, se desprende que 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.*

No obstante, cabe precisar que 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 también 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.

Aceptar una posición contraria a la anteriormente señalada implicaría reconocer que casos como la compra de activos de una empresa en quiebra que dejó de realizar transacciones en el mercado, no tendrían que informarse ante esta Superintendencia, no obstante tiene la potencialidad de generar modificaciones en el mercado que pueden afectar, eventualmente, los consumidores y la eficiencia económica.

(...)

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, ALIENERGY 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, como se expone a continuación:

⁷ 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. 2010. -

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

Como punto de partida, este Despacho advierte que ALIENERGY era un participante en el mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz con anterioridad a la operación de integración con MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA, por cuanto se verificó que estaba inmersa en los eventos expuestos líneas arriba, según los cuales se considera que una empresa participa en el mercado.

En efecto, existe evidencia en el expediente que da cuenta de la verificación del supuesto (i), en tanto que se demostró que ALIENERGY participaba activamente en el mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz y desarrollaba relaciones comerciales en el mismo, como se expone a continuación.

ALIENERGY participaba en el mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz, en tanto que esta empresa se anunciaba al público como la heredera de la experiencia y todos los proyectos de BIO+A S.A., una empresa reconocida precisamente por dedicarse al aprovechamiento de residuos, incluida la cascarilla de arroz.

(...)

De esta forma, al haber heredado todos los proyectos de BIO+A S.A., es claro que ALIENERGY 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 FLORHUILA y MOLINOS ROA, ALIENERGY realizaba actividades comerciales en el mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz.

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 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.

Evidentemente, desde su constitución el 22 de enero de 2009, la finalidad principal de ALIENERGY ha sido el aprovechamiento de biomásas como la cascarilla de arroz, lo cual supone su participación en este mercado o, por lo menos, su firme propósito de hacerlo en un futuro cercano.

(...)

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*

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

con los proyectos de una empresa cuya actividad consistía precisamente en el aprovechamiento industrial de biomasas 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 FLORHUILA, 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

(...)

a) Monto de los activos

(...)

Siendo así, queda claro que los activos e ingresos de los investigados se situaban por encima del umbral de los 100.000 SMMLV, por lo que también se cumple este elemento.

(...)

b) Naturaleza de la operación

En el presente caso, habiendo descartado que hubiere existido una integración horizontal, pues no todas las empresas participantes desarrollaban la misma actividad, se revisó la operación bajo la perspectiva de las integraciones verticales, llegando a la conclusión de que se presentaron los presupuestos necesarios para establecer que ésta implicó una integración de este tipo (vertical). Lo anterior, bajo el entendido que ALIENERGY participaba en un mercado ubicado en un eslabón posterior de la cadena productiva del arroz en la que participan MOLINOS FLORHUILA y MOLINOS ROA, esto es, el aprovechamiento de la cascarilla de arroz.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

En cuanto a la figura que se utilizó para realizar la integración, de la información obrante en el expediente se encuentra que el 22 de diciembre de 2009, el señor HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, actuando como Representante Legal de las sociedades MOLINOS FLORHUILA y MOLINOS ROA, remitió sendas cartas a nombre de las empresas que representaba, en las cuales aceptó la oferta de suscripción del 52% de las acciones de ALIENERGY. Dichas comunicaciones dan cuenta de los términos y condiciones que acordaron las partes para la negociación celebrada y de su forma de pago. De la verificación de la información e instrucciones contenidas en esas cartas se deduce que el contrato de compraventa de acciones se realizó el día 22 de diciembre de 2009.

La anterior operación corresponde a la figura denominada “adquisición de control”⁸, la cual supone, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, una situación de subordinación o control societario donde el poder de decisión de una sociedad está, directa o indirectamente, sometido a la voluntad de otra u otras personas llamadas matriz o controlante. Lo anterior, teniendo en cuenta que conforme al artículo 27 de la Ley 222 de 1995, una sociedad será subordinada o controlada cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la sociedad o sociedades controlantes⁹.

(...)

6.3.3.3. Supuesto cronológico

Habiéndose establecido que las empresas investigadas se hallaban sujetas al régimen de información particular, este Despacho, luego de verificar los archivos de esta Entidad, no encuentra que hubiesen dado cumplimiento al deber contenido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009. Por lo tanto, ha quedado demostrado que la operación adelantada no fue informada pese a que se ajustaba a los lineamientos del régimen de información particular.

(...)

QUINTO: Que dentro del término legal los Investigados presentaron recurso de reposición contra la Resolución No. 3703 del 5 de febrero de 2013, exponiendo los argumentos que se resumen a continuación, los cuales serán analizados en detalle más adelante:

Los investigados señalan que en el presente caso no se presentaron los presupuestos legales para el surgimiento del deber de informar una integración empresarial ante la

⁸ En este sentido, el numeral 15 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011 previene que corresponde al Superintendente de Industria y Comercio “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.” (Negrilla como énfasis)

⁹ “Ley 222 de 1995, artículo 27: Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

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

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

SIC. En particular, afirman que no se cumplieron los supuestos subjetivo, objetivo y cronológico contemplados en la ley, razón por lo cual las sanciones impuestas deben ser revocadas.

Como fundamento de lo anterior, afirman que está probado en el expediente, tanto en los certificados de existencia y representación legal de las empresas, como en las declaraciones de sus representantes legales y directivos, que MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA procesan y venden arroz, al paso que ALIENERGY es una sociedad cuyo objeto principal es "(...) *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*". Por lo tanto, señalan que está probado que las empresas no se dedican a la misma actividad económica, como lo exige el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, para que deba ser informada una operación de integración.

De igual manera afirman que MOLINOS ROA, MOLINOS FLORHUILA y ALIENERGY tampoco participan en la misma cadena de valor, lo cual fundamentan en las definiciones económicas que se transcriben a continuación:

"La cadena de valor empresarial, o cadena de valor, es un modelo teórico que permite describir el desarrollo de las actividades de una organización empresarial generando valor al cliente final, descrito y popularizado por Michael Porter en su obra Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance (1985)".

"Las actividades primarias se refieren a la creación física del producto, diseño, fabricación, venta y el servicio posventa, y pueden también a su vez, diferenciarse en sub-actividades, directas, indirectas y de control de calidad. El modelo de la cadena de valor distingue cinco actividades primarias:

Logística interna bilateral: comprende operaciones de recepción de OS, gestionar los pedidos, seguimientos a las OS y distribución de los componentes. Es decir: recepción, almacenamiento, control de existencias y distribución interna de materias primas y materiales auxiliares hasta que se incorporan al proceso productivo.

Operaciones (producción): procesamiento de las materias primas para transformarlas en el producto final. Es en esta etapa donde se procura minimizar los costos.

Logística externa lateral: almacenamiento y recepción de los productos y distribución del producto al consumidor.

Marketing y ventas: actividades con las cuales se da a conocer el producto.

Servicio: de posventa o mantenimiento, agrupa las actividades destinadas a mantener y realzar el valor del producto, mediante la aplicación de garantías, servicios técnicos y soporte de fábrica al producto". (es.wikipedia.org/Wiki)."

"Cadena de valor: Conjunto de actividades realizadas por una sociedad que le aportan valor, permitiéndole competir. Se dividen en actividades primarias (logística, comercialización, etc.) y secundarias (tecnología, recursos humanos, etc.)."

"Cadena de valor Término en Inglés: Value Chain

Definición: Conjunto de actividades realizadas por una empresa que le añaden valor y le permiten competir. (<http://www.n-economia.com/glosario>)."

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

Partiendo de las anteriores definiciones, indican los recurrentes que la cadena de valor está asociada a las diferentes etapas del proceso de producción y comercialización del producto de una empresa. En este sentido, agregan que ALIENERGY no participa, de ninguna manera, en el proceso productivo de MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA, ni la actividad medioambiental que realiza a nivel de consultoría sobre biomásas, donde la cascarilla de arroz es solamente una posibilidad de trabajo, la integra dentro del proceso productivo del arroz, ni de su comercialización, que son las actividades de MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA.

En cuanto a las consideraciones expuestas en la Resolución de sanción sobre la participación de los investigados en la misma cadena de valor, manifiestan lo siguiente:

"La SIC formula, en el literal b del numeral 6.3.3. de la resolución de sanción, una serie de consideraciones que no resultan pertinentes para el presente caso, sobre lo que considera un agente económico participante en un mercado, por cuanto Alienergy no participa en la producción y comercialización de arroz, ni Roa y Florhuila se dedican a actividades medioambientales, ni esas empresas participan en la misma cadena de valor como ya se vio. Incluso, con todo respeto, se incluyen manifestaciones tan abiertamente impertinentes para la situación de hecho de la presente investigación, como por ejemplo que "...la definición de participante en el mercado incluye a los agentes del mercado que hacen parte del mismo...", como si las empresas mencionadas hicieran parte del mismo mercado, cosa que por supuesto no es así.

Tal vez tomando estos apartes de otros casos estudiados por la SIC se incluyen en este acápite otras manifestaciones abiertamente impertinentes para el caso en estudio, como el ejemplo de las empresas en quiebra o las restricciones de oferta, todas las cuales carecen no solo conceptualmente de aplicación, sino también de por lo menos un principio de prueba de lo dicho. Son afirmaciones gratuitas no aplicables al presente caso, no ha habido, ni pueden existir, restricciones a la competencia, reducciones de oferta, ni modificaciones de la estructura de mercado nocivas para los consumidores.

Universalmente es aceptado que las operaciones que deben ser estudiadas por las autoridades de competencia son aquellas celebradas por empresas que se encuentren en el mismo mercado relevante, que tengan la posibilidad de afectar la libre competencia. Esos presupuestos básicos no se cumplen en el presente caso.

La SIC infortunadamente acude a afirmaciones gratuitas y a ejercicios interpretativos que muestran un afán de encuadrar dentro de la norma aquello que no se subsume en la misma; por ejemplo, cuando afirma que Alienergy actuaba en el mercado de cascarilla de arroz porque se anunció como heredera de la experiencia de Biomasa, análisis que prescinde de las pruebas aportadas al proceso y de cualquier sustento en la realidad económica".

Posteriormente, los investigados pasan a analizar nuevamente cada uno de los contratos de BIO+S.A. que fueron heredados por ALIENERGY, en los mismos términos en que lo hicieron en las observaciones al Informe Motivado. Al referirse al contrato entre BIO+A S.A. y BRINSA S.A., que después fue heredado por ALIENERGY, señalan:

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

Al consultar la empresa Brinsa en internet, se observa en su página web <http://www.brinsa.com.co/pages/quienes/quienes.html>, que dicha sociedad ninguna relación tiene, y tampoco la ha tenido históricamente, con la cascarilla, o cualquier otro producto relacionado.

(...)

Como se observa, la cesión del contrato celebrado entre Brinsa y Bio+sa no se refirió a ningún producto que implique la necesidad de informar la operación de compra de las acciones de Alienergy.

Corrobora lo anterior el acta de cierre del contrato bajo estudio, la cual se aporta como prueba, en donde se describieron las actividades realizadas por Alienergy, en los siguientes términos:

"4. De conformidad con la cláusula 5 de la Oferta Comercial, los servicios objeto de ésta serían prestados en tres fases subsiguientes, siendo la primera fase aquella en la que Alienergy S.A. realizaría "ensayos que conduzcan a determinar las calidades de los subproductos encontrados y su utilidad en el desarrollo del objeto social".

*Qué tiene que ver esto con la producción y comercialización del arroz?
Absolutamente nada.*

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.

No sobra mencionar que en el mismo documento citado, Brinsa y Alienergy terminaron la oferta comercial cedida por Bio+sa 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". Como se observa, este nuevo acuerdo tampoco tuvo ninguna relación con el arroz, ni con la cascarilla de arroz.

Por lo tanto, carecen por completo de idoneidad probatoria los negocios celebrados entre estas dos sociedades, como fundamento del pretendido incumplimiento de informar una supuesta integración entre dos empresas que participan en el mismo mercado o la misma cadena de valor. Lo que es evidente, según los elementos probatorios que acabamos de ver, es que nada tienen que ver con el arroz o su cascarilla dichas negociaciones."

Sobre la cesión del negocio de BIO+A S.A. y DRESDEN INGENIERÍA LTDA y PRODUCTOS CERÁMICOS FLAM S.A., realizan el siguiente análisis:

"En el acta mencionada se indica lo siguiente:

"(...) autorizar al Representante Legal de la compañía para celebrar contrato con las sociedades Bio+sa 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 biomásas."

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

De la lectura del aparte citado se concluye que el objeto del contrato cedido era la prestación de servicios de consultoría. Ello, por definición, se encuentra por fuera de la 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 la prestación de un servicio externo, cuya esencia es el trabajo intelectual, y no la producción o comercialización de un bien final.

Además, al analizar la actividad de las empresas Dresden Ingeniería y Productos Cerámicos Flam, se observa lo siguiente, según información que sobre sus proveedores se consigna en la propia página web de Alienergy <http://www.alienergy.com.co/alstrat.html>:

"Dresden Ingeniería Ltda., es una empresa conformada por personal altamente calificado con una amplia experiencia en el diseño y fabricación de maquinaria para el sector cerámico, minero y cementero. (...)"

Respecto de Productos Cerámicos Flam, en la página web de la Superintendencia de sociedades, se observa que la actividad CIU desarrollada por ésta es la "Fabricación de productos de arcilla y cerámica no refractarias para uso estructural".

Como es de conocimiento general y público, ni la maquinaria, ni la arcilla, ni la cerámica se derivan del arroz, y tampoco producen como residuo, cascarilla de arroz. En consecuencia, la consultoría a cargo de Bio+sa que fue cedida a Alienergy no pudo haberse referido a la cascarilla de arroz, y a ningún otro producto de la cadena de valor del arroz.

Por lo tanto, tal como se mencionó atrás respecto de los negocios entre Alienergy y Brinsa, en este caso también carecen por completo de idoneidad probatoria los negocios celebrados entre Bio+sa y Dresden Ingeniería Ltda y Productos Cerámicos Flam S.A, como fundamento del pretendido incumplimiento de informar una supuesta integración entre dos empresas que participan en el mismo mercado o la misma cadena de valor. Lo que es evidente, según los elementos probatorios que acabamos de ver, es que nada tienen que ver con el arroz o su cascarilla dichas negociaciones.

Respecto de la cesión del negocio de BIO+A S.A. con ARCILLA SANTA ANA S.A., señalan lo siguiente:

"Al igual que en el caso anterior, nos encontramos ante un servicio de consultoría, que como se dijo atrás, no hace parte de ninguna cadena de valor de un producto, por definición. Además, como en los casos anteriores, la empresa Arcillas Santa Ana tampoco se dedica a ninguna actividad relacionada con el arroz o su cadena de valor. Por el contrario, como consta en la página web del diario Portafolio, la actividad CIU de dicha sociedad, al igual que en el caso de Productos Cerámicos Flam, es la de "Fabricación de productos de arcilla y cerámica no refractarias, para uso estructural".

Concluyen su análisis sobre los negocios cedidos por BIO+A S.A. a ALIENERGY de la siguiente manera:

"Es preciso aclarar que el término "biomasa" es un término que no se refiere a la cascarilla de arroz, pues en (sic) como lo define la Real Academia de la Lengua

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

Española, biomasa es "Materia orgánica originada en un proceso biológico, espontáneo o provocado, utilizable como fuente de energía.". Esto significa que por el hecho de haberse referido los contratos a la consultoría para la utilización de biomasas, no necesariamente se trataba de cascarilla de arroz. Por el contrario, como se vio, estaba referido, en dichos casos, a productos diferentes.

Todo lo señalado permite concluir que ninguno de los proyectos que cedió Bio+sa a Alienergy tenía relación con el arroz. Por el contrario, se trató de consultorías sobre la utilización de biomasas dentro de las cuales no se encontraba la cascarilla del arroz, por no ser ese un subproducto de las empresas cuyos contratos fueron cedidos.

Ahora bien, el hecho que Bio+sa S.A. comprara cascarilla de arroz para la realización de sus operaciones, no implica, como equivocadamente se consigna en la resolución de sanción (sic), que Alienergy hubiese "heredado" los proyectos de la primera empresa en relación con la cascarilla de arroz. Por el contrario, en tanto Bio+sa continuó existiendo con posterioridad a la creación de Alienergy S.A., la primera continuó desarrollando su actividad económica, la cual no fue cedida a Alienergy. Es importante precisar que el término "proyectos", en este caso específico, tiene la connotación precisa que en cada caso se indicó, aislado, por completo, del mercado del arroz o de la cascarilla de arroz.

Por ello resulta impertinente la cita de la declaración del representante legal de Biomasa de que compraron cascarilla hasta el año 2010, pues esta empresa siguió ejerciendo su objeto y los negocios cedidos a Alienergy no tienen que ver con dicho aspecto, como ya se demostró.

Las referencias a la experiencia no pueden entenderse remitidas, entonces, a la cascarilla de arroz, como lo hace, impropriamente la SIC en la resolución de sanción. Si la SIC considera que eso puede ser publicidad engañosa, otra es la vía legal para analizar ese aspecto y no por una posible vulneración del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, que es el objeto de esta investigación."

Sobre la compra de acciones de la empresa Enmiendas Salamanca, los investigadores sostienen que las pruebas utilizadas por la SIC serían admisibles si los investigadores pudieran, en cualquier momento de la investigación solicitar y aportar pruebas, lo cual no es así. Por lo tanto, el derecho de defensa se vulnera cuando se aducen pruebas por la administración y el administrado no tiene como controvertirlas, por haber vencido la oportunidad para ello.

Asimismo, manifestaron que las acciones que ALIENERGY adquirió fueron las de la sociedad AGROINSUMOS SALAMANCA S.A. y no las de la sociedad ENMIENDAS SALAMANCA S.A., como erróneamente lo habría afirmado la Delegatura en el Informe Motivado. Señalaron que el error obedeció a una confusión del representante legal de ALIENERGY derivada del hecho que ambas sociedades pertenecían a los mismos dueños.

Por último, precisan que como consta en el mismo informe de gestión de Alienergy del 2009 que cita la SIC, la compraventa de las acciones de Agroinsumos Salamanca estaba prevista para el año 2010, y el inicio de la comercialización de cascarilla de arroz en alianza con dicha sociedad, también estaba programado para ese mismo año.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

Conclusiones

Los investigados concluyen en los siguientes términos el recurso presentado:

"A partir de lo expuesto se concluye que las consideraciones de la SIC encaminadas a sostener que Alienergy sí participaba en la cadena de valor del arroz durante el año 2009, porque "heredó proyectos de la sociedad Bio+sa y porque planeaba comprar acciones de Agroinsumos Salamanca (mencionada como Enmiendas Salamanca por equivocación), carecen absolutamente de un soporte técnico idóneo.

En el expediente no obra ninguna prueba respecto de la participación de Alienergy en la cadena de valor del arroz durante el 2009, ni en especial sobre la cesión de contratos por parte de Bio+sa o sobre la compra de acciones de Agroinsumos Salamanca, que sustenten las conclusiones contempladas en el informe motivado respecto de las personas (sic) investigadas (sic).

Por el contrario, las pruebas que obran en el expediente, y las que se acompañan al presente escrito, demuestran que durante el año 2009 Alienergy no participó en el mercado del arroz, tampoco en le (sic) de al (sic) cascarilla. Esto significa que al momento de la compra de acciones por parte de Roa y Florhuila el 22 de octubre de 2009, no se cumplía el supuesto subjetivo necesario para el surgimiento de la obligación de informar a la SIC de manera previa a la realización de una integración empresarial.

En consecuencia, la sanción impuesta debe ser revocada, sin que haya lugar a la imposición de ninguna sanción a los investigados.

La sanción impuesta es absolutamente improcedente y, en el caso de Alienergy, con independencia del porcentaje respecto de las violaciones a la competencia, supone la quiebra y desaparición de esa empresa, que en ningún momento ha violado el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, ni afectado de manea (sic) alguna la competencia en los mercados. De eso no existe prueba alguna en el expediente".

SEXTO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984¹⁰, los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que el funcionario decrete pruebas de oficio. En el presente caso, teniendo en cuenta la evidencia que obra en el expediente, no se considera procedente decretar pruebas de oficio.

SÉPTIMO: Que de conformidad con el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, este Despacho procede a resolver el recurso de reposición interpuesto por los investigados en los siguientes términos:

En esencia, los recurrentes argumentan que en el presente caso no se cumple uno de los supuestos necesarios para que surgiera el deber de informar la operación entre MOLINOS ROA, MOLINOS FLORHUILA y ALIENERGY ante la Superintendencia de Industria y Comercio, como es el supuesto subjetivo. Según dicho supuesto, para que

¹⁰ Norma aplicable en virtud de la fecha de inicio de la actuación administrativa.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

surja el deber de informar una operación de integración las intervinientes deben, o bien participar en la misma actividad económica o hacer parte de la misma cadena de valor. Por esta razón, la respuesta de este Despacho al recurso de reposición interpuesto por las investigadas se concentrará en abordar este argumento, y no se harán consideraciones frente al cumplimiento del supuesto objetivo que, como claramente fue explicado en la resolución sancionatoria y no desconocen las recurrentes, se cumplió en la operación entre MOLINOS ROA, MOLINOS FLORHUILA y ALIENERGY.

La SIC estableció en su resolución sancionatoria que MOLINOS ROA, MOLINOS FLORHUILA y ALIENERGY, participaban en la misma cadena de valor, teniendo en cuenta, en general, que MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA participan en la cadena arrocera y ALIENERGY se dedica al aprovechamiento de cascarilla de arroz, biomasa que es subproducto del arroz *paddy* verde.

Como se explicará más adelante, esta Entidad encontró que en el informe de gestión de ALIENERGY del año 2009 se estableció que dicha compañía empezaría

[REDACTED]

[REDACTED]¹¹. (Negrilla fuera de texto). En otras palabras, el objeto principal de ALIENERGY, y lo que explica que hubiese sido adquirida por MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA, era comercializar la cascarilla de arroz, un producto que se encuentra en la cadena de valor del arroz en la medida en que es resultado del proceso que le realizan MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA al arroz *paddy* verde.

También encontró este Despacho que previa la realización de la operación, MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA vendían cascarilla de arroz para su aprovechamiento a una compañía denominada BIO+A S.A., que, según los anuncios de las propias recurrentes, heredó todos sus proyectos y experiencia a ALIENERGY antes de que esta última fuera adquirida por MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA. En efecto, la página web oficial de ALIENERGY señalaba, conforme al expediente, lo siguiente en la sección “Quiénes Somos”, que describe la empresa:

“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.”¹² (Negrilla fuera de texto)

En otras palabras, es claro que ALIENERGY continuaría con el desarrollo de proyectos encaminados al aprovechamiento de residuos, como lo es la cascarilla de arroz, la cual, como consta claramente en el expediente, era comprada por BIO+A a MOLINOS ROA y

¹¹ Folio 21 del Cuaderno Reservado No.1 del Expediente.

¹² Ver <http://www.alienergy.com.co/quienes.html> Consultada el 06/12/2012.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

MOLINOS FLORHUILA para ser aprovechada como biomasa. En efecto, cuando se realizó el testimonio al representante legal de BIO+A quedó clara la estrecha relación de la actividad de la empresa con el manejo de biomasas, al paso que refiere las compras de cascarilla de arroz que realizaba a MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA, lo cual da cuenta de que la actividad de BIO+A S.A. en efecto incluía procesar cascarilla de arroz.

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

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

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

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

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

"Respuesta: ¿De BIO+A S.A.?"

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

"Respuesta: En su momento, nuestro proveedor fue ROA, MOLINOS ROA como tal, básicamente con ellos teníamos contratos (...)"¹³. (Negrilla fuera de texto)

Es claro entonces que BIO+A S.A., que heredó todos sus proyectos a ALIENERGY antes de que ocurriera la operación que no fue informada a la SIC, compró cascarilla de arroz a MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA hasta 2010, **precisamente cuando se materializó la operación entre estas compañías y ALIENERGY.**

Para este Despacho es, entonces, absolutamente claro que ALIENERGY participaba en la actividad de aprovechamiento de cascarilla de arroz al momento de ser adquirida por MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA, cuestión que además tiene sentido si se tiene en cuenta que el proyecto de ALIENERGY era no solamente comercializar cascarilla de arroz (subproducto producido por MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA, sino [REDACTED] tal y como estableció el propio informe de gestión.

¹³ Testimonio de EDGAR RAMÍREZ MARTÍNEZ rendido el 1 de junio de 2012, obrante a folio 1292 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

Teniendo claro lo anterior, pasa este Despacho a referirse de forma específica a cada uno de los argumentos y manifestaciones de los recurrentes, que apuntan a desvirtuar la situación antes descrita.

En primer lugar, llama la atención del Despacho que los investigados afirmen que según el certificado de existencia y representación legal de ALIENERGY, su objeto social se limita a "(...) *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*", en tanto que de la simple lectura del objeto social del referido certificado se encuentra que el mismo incluye también lo siguiente:

"La promoción del consumo y compraventa de biomasa; (II) El aprovechamiento de combustibles alternativos; (III) El aprovechamiento de materias y/o biomasa de otras industrias o procesos productivos generándoles valor agregado (...)"¹⁴

Como puede observarse, el objeto social de ALIENERGY fue señalado de manera incompleta en el recurso de reposición, para dar la impresión de que éste corresponde únicamente a proyectos relacionados con la protección del medio ambiente, cuando claramente incluye el aprovechamiento de biomasa, como la cascarilla de arroz.

Sobre este punto, vale la pena señalar que el hecho que las diversas actividades que desarrolla ALIENERGY, como es el caso del aprovechamiento de cascarilla de arroz, tengan como fin último la protección y conservación del medio ambiente, no significa que la actividad en sí misma no comporte un negocio que haga parte de la cadena de valor de la cual hacen parte MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA, teniendo en cuenta que dichas empresas proveen el insumo requerido por ALIENERGY para el desarrollo de su actividad.

En este sentido, el Despacho reitera lo expuesto en la Resolución No. 3703 de 2013, en cuanto a que la cadena de valor para este caso está compuesta por las actividades de siembra, cosecha y procesamiento del arroz y sus subproductos, desarrollada por MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA, seguida de la actividad de aprovechamiento industrial del subproducto del arroz denominado cascarilla de arroz, la cual era desarrollada por ALIENERGY.

En efecto, en la definición de los mercados involucrados en la integración que se expuso en la Resolución No. 3703 de 2013, se explica en detalle que el proceso de molinería o trillado de arroz que realizan MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA deja diversos subproductos como lo son el arroz integral, la cascarilla quemada proveniente de los hornos de secado de arroz (ceniza de arroz) y la cascarilla de arroz cruda, comúnmente conocida como cascarilla de arroz.

Cada uno de estos subproductos es considerado como una biomasa¹⁵ y puede ser adquirido por agentes económicos que le agregan valor mediante su procesamiento y

¹⁴ Folio 19 del Cuaderno Público No.1 del Expediente.

¹⁵ Definida por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como: "*Materia orgánica*

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

aprovechamiento, de manera que puedan obtener ganancias a partir de su ulterior comercialización. Para el caso de la cascarilla y la ceniza de arroz, se encontró que éstas son utilizadas por agentes económicos de diversas industrias que, desde un eslabón posterior de la cadena, les agregan valor y les dan diversos usos, entre los que se destacan los siguientes¹⁶:

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

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, de acuerdo con los medios de prueba obrantes en el expediente, se demostró que la cascarilla de arroz, subproducto del arroz que producen MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA, es utilizada como insumo de las actividades dirigidas al aprovechamiento de biomásas que desarrollaba ALIENERGY. De hecho, de la lectura del objeto social de ALIENERGY (citado en párrafos anteriores) se verificó que su actividad era precisamente generar valor agregado a biomásas (siendo una de ellas la cascarilla de arroz), para su posterior comercialización como fuente de energía o calor en diversos procesos industriales.

En línea con lo anterior, también quedó demostrado que BIO+A S.A. -empresa reconocida por dedicarse al aprovechamiento de residuos de la cual ALIENERGY manifiesta públicamente haber heredado sus proyectos y experiencia-, compraba regularmente cascarilla de arroz a MOLINOS ROA y a MOLINOS FLORHUILA. En la tabla a continuación, se ilustran las ventas de cascarilla de arroz a BIO+A S.A. reportadas por MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA¹⁷:

originada en un proceso biológico, espontáneo o provocado, utilizable como fuente de energía".

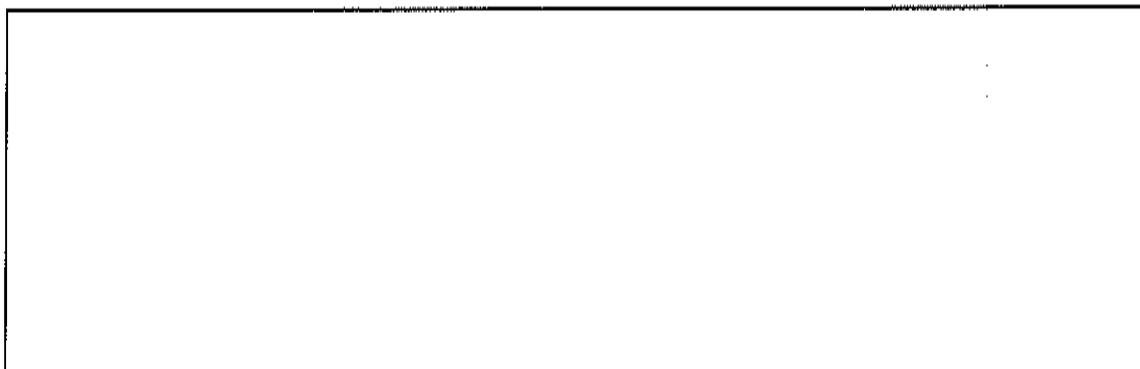
¹⁶ Ver páginas 13 y 14 de la Resolución No. 3703 de 2013.

¹⁷ Folio 135 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA



Fuente: Información aportada por los Investigados.

En este orden de ideas, es necesario señalar que no obstante las actividades de ALIENERGY puedan estar dirigidas a la conservación del medio ambiente, para este Despacho está ampliamente demostrado que su actividad económica no se limita a ello, como equivocadamente lo pretenden hacer ver los investigados, sino que en realidad se trata del aprovechamiento de biomásas de otras industrias o procesos productivos como la cascarilla de arroz para generarles valor agregado.

De otra parte, los investigados en el recurso de reposición aportan algunas definiciones de cadena de valor provenientes de fuentes como páginas de internet (www.wikipedia.com, www.n-economia.com) y una obra literaria sobre estrategias de competitividad empresarial del autor Michael Porter. Partiendo de estas definiciones, sostienen que la cadena de valor se refiere únicamente a las etapas de los procesos de producción y comercialización de un producto dentro de una empresa, de tal suerte que la actividad medioambiental que realizaba ALIENERGY de ninguna manera la convierte en participante en el proceso productivo de MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA.

Al respecto, este Despacho considera pertinente remitirse a la definición de cadena de valor contenida en la Resolución 35006 de 2010 de la Superintendencia de Industria y Comercio¹⁸, la cual establece lo siguiente:

*“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.”*
(Negrilla fuera del texto original)

Como puede observarse de la lectura de la definición citada, la cadena de valor comprende el conjunto de actividades realizado por agentes económicos para obtener un producto que resulta ser insumo para la actividad realizada por un agente en un eslabón posterior, el cual le adiciona valor. En esta medida, es claro que no debe limitarse la noción de cadena de valor a los procesos a los que es sometido un determinado producto al interior de una empresa, como lo dan a entender los investigados, pues la cadena de valor es y debe ser entendida como las relaciones de

¹⁸ “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”.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

carácter vertical entre agentes económicos, en virtud de las cuales el producto obtenido de la actividad de uno resulta ser el insumo para el otro, y no a los diferentes procesos con los que una compañía agrega valor a un determinado producto, como lo señala el autor citado por los investigadores¹⁹.

La anterior noción es compartida por otras autoridades de competencia como la Comisión Europea, la cual en su Reglamento sobre el Control de las Concentraciones entre Empresas establece que existirán mercados afectados con la operación si al menos una de las partes de la concentración desarrolla actividades empresariales en un mercado de productos anterior o posterior a un mercado de productos en el que opere cualquier otra parte de la concentración, lo que se denomina como "relaciones verticales"²⁰. Pero es más, es perfectamente compatible con la definición establecida por Michael Porter citada por los investigadores, en la cual en ningún momento se limita la cadena de valor a una sola sociedad, sino que se hace referencia a un proceso de transformación en el que un producto determinado termina siendo insumo de otro.

De otra parte, los investigadores manifiestan que ninguno de los proyectos heredados de BIO+SA S.A. a ALIENERGY hacía referencia a cascarilla de arroz, y citan los proyectos que según las intervinientes fueron efectivamente heredados. Frente a esto, sea lo primero señalar que dicha manifestación está en absoluta contravía con la evidencia previamente presentada, donde quedó claro que ALIENERGY:

"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". (Experiencia que como se vio incluye compra y transformación de cascarilla de arroz según testimonios practicados)

¹⁹ Porter, Michael E.: "Competitive Advantage. Creating and Sustaining Superior Performance", The Free Press, 1985. Cita original en inglés, página 38: "The value chain displays total value, and consists of value activities and margin. Value activities are the physically and technologically distinct activities a firm performs. These are building blocks by which a firm creates a product valuable to its buyers. Margin is the difference between total value and the collective cost of performing the value activities."

Traducción Libre: "La cadena de valor refleja el valor total, y consiste de actividades de valor y margen. Las actividades de valor son las actividades distintas a nivel físico y tecnológico que una compañía desarrolla. Son los bloques de construcción por los que una compañía crea un producto valioso para sus compradores. El margen es la diferencia entre el valor total y el costo colectivo de desarrollar las actividades de valor."

²⁰ **"III. Mercados afectados:**

A efectos de la información solicitada en este formulario, los mercados afectados están compuestos por los mercados de productos de referencia en los que, en el territorio del EEE, en la Comunidad, en el territorio de los Estados de la AELC, en cualquier Estado miembro o en cualquier Estado de la AELC, se den las circunstancias siguientes:

(...)

b) que al menos una de las partes de la concentración desarrolle actividades empresariales en un mercado de productos anterior o posterior a un mercado de productos en el que opere cualquier otra parte de la concentración y que sus cuotas de mercado individuales o combinadas sean al menos del 25 %, con independencia de que exista o no una relación de cliente/proveedor entre las partes de la operación. Tales relaciones se denominan «verticales»". (Negrilla fuera del texto original)

REGLAMENTO (CE) No 802/2004 DE LA COMISIÓN de 21 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) No. 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

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.²¹ (Negrilla fuera de texto)

Incluso aceptando en gracia de discusión (y omitiendo la evidencia reseñada) que los proyectos que en el momento específico de la integración estaba desarrollando BIO+A S.A. -y que por consiguiente fueron los proyectos que se heredaron-, no tienen nada que ver con la cascarilla de arroz, ello no quiere decir que ALIENERGY no participara en la misma cadena de valor. En efecto, es muy claro que el objeto principal de la empresa en el mercado era la comercialización de cascarilla de arroz. Tan es así, que en el informe de gestión de 2009 de la empresa, citado anteriormente, se establece que

Por otra parte, de si ALIENERGY heredó la experiencia de BIO+A S.A. en **todos sus proyectos desde 2006 hasta 2009**, lo cual incluye aprovechamiento de cascarilla de arroz, es claro que heredó la experiencia de los proyectos que ya estaban ejecutados, incluyendo los de cascarilla de arroz, lo cual también la convierte en un participante del mercado.

En efecto, el hecho de que una empresa preste varios servicios y en el momento específico de la operación no esté ejecutando ningún proyecto respecto de un servicio, pero sea claro que lo ha hecho y lo seguirá haciendo, no por este hecho quiere decir que dicha compañía no participe en el mercado relevante en el cual no está prestando un servicio en el momento específico.

Aceptar la tesis contraria sería equivalente a aceptar que si una empresa de gaseosas que lleva 10 años en el mercado apaga sus plantas por 3 meses, durante los cuales se integra con otra empresa de gaseosas, no tendría que informar la integración debido a que en el momento específico de la integración no estaba participando en el mercado relevante. Tal interpretación no solo abriría una puerta para que las empresas pudieran omitir de forma fraudulenta el deber de informar sus integraciones, sino que además iría en contra de la razón teleológica del control ex ante de integraciones empresariales, que es proteger el mercado de restricciones indebidas de la competencia creadas mediante operaciones de integración empresarial.

Por lo demás, si se aceptara la tesis de las investigadas respecto de que no adquirieron el control de una empresa dedicada al aprovechamiento de cascarilla de arroz, la operación realizada tendría poco sentido económico. En efecto, sería extraño adquirir el control de una compañía que no tiene por objeto o función en el mercado procesar cascarilla de arroz para después de su adquisición iniciar tal actividad. Si lo que se quería con la operación era controlar el 100% del mercado nacional de aprovechamiento de cascarilla de arroz, era prácticamente obvio que el sentido de adquirir ALIENERGY por parte de MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA era continuar el desarrollo de una actividad que ya se venía realizando.

²¹ Ver <http://www.alienergy.com.co/quienes.html> Consultada el 06/12/2012.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

Así pues, al aplicar la noción de cadena de valor al caso en estudio, y al revisar las pruebas del expediente, este Despacho encuentra suficientemente demostrada con el material probatorio obrante en el expediente la relación vertical entre ALIENERGY y MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA, en tanto la cascarilla de arroz -producto obtenido de la actividad de MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA- es el insumo para la actividad que desarrolla ALIENERGY al procesar dicho producto para luego comercializarlo.

En este orden de ideas, este Despacho ratifica la conclusión a la que llegó en la Resolución recurrida, según la cual en el presente caso tanto ALIENERGY como MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA hacen parte de la misma cadena de valor.

Ahora bien, respecto del argumento de los investigados que hace mención a la supuesta impertinencia de algunas consideraciones expuestas en la Resolución No. 3703 de 2013, en especial la que según ellos señalaba que *“...la definición de participante en el mercado incluye a los agentes económicos que hacen parte del mismo...”*, este Despacho advierte que los investigados deliberadamente citaron el aparte de la resolución al que hacen referencia de manera incompleta, omitiendo las palabras que le daban el sentido a la idea que se quería manifestar.

En efecto, el aparte original de la Resolución No. 3703 de 2013 al que se refieren los investigados dice lo siguiente:

*“De la anterior noción, que es además compartida por otras autoridades de competencia²², se desprende que 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”.*

Como puede observarse, los investigados en el recurso de reposición convenientemente soslayaron del aparte citado la referencia que señala que los agentes económicos que hacen parte de la **oferta** disponible o potencial del mercado también son considerados como participantes del mismo. Partiendo de lo anterior, los investigados procedieron a afirmar que en la Resolución No. 3703 *“[s]e incluyen manifestaciones tan abiertamente impertinentes para la situación de hecho de la presente investigación”*, lo cual a todas luces es desacertado.

Vale la pena reiterar que de acuerdo con lo expuesto en la Resolución recurrida, incluso si ALIENERGY no realizaba en el momento preciso de la integración transacciones de cascarilla de arroz (cosa que ya se demostró no es cierta), de igual forma sería considerada como un agente económico que participa en el mercado. En efecto, un agente participa en un mercado determinado cuando se verifica al menos uno de los siguientes supuestos: (i) que el agente económico se encuentre realizando transacciones comerciales en dicho mercado (sea directamente o a través de una empresa sobre la cual ejerce un determinado control) en el momento específico en el

²² 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. 2010. -

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

que se realiza la integración; 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, o incluso que ya ha ofrecido.

Así bien, en la investigación se verificó que ALIENERGY no solo estaba inmersa en el supuesto (i) anteriormente referido, en tanto que se demostró que participaba activamente en el mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz y desarrollaba relaciones comerciales en el mismo, sino que además se demostró que, incluso si no se cumplía el supuesto (i), dicha empresa estaba también inmersa en el supuesto (ii), en tanto que en el expediente existe evidencia de que hacía parte de la oferta disponible del mercado y 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.

Las pruebas en este sentido son numerosas e incluyen los anuncios públicos en los que ALIENERGY se presentaba a los consumidores como la heredera de la experiencia y todos los proyectos de BIO+A S.A., una empresa reconocida precisamente por dedicarse al aprovechamiento de residuos, incluida la cascarilla de arroz. Asimismo, medios de prueba como los Informes de Gestión de ALIENERGY dan cuenta de que dicha empresa hacía parte efectiva de la oferta disponible y potencial del mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz, al paso que demuestran la firme intención y compromiso de procesar y comercializar dicho producto. De hecho, se encontró evidencia de que la intención de ALIENERGY no era simplemente hacer presencia en el mercado, sino controlarlo en su totalidad, como se observa en el siguiente aparte del Informe de Gestión de ALIENERGY del año 2009:



²³ (Negrilla fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, teniendo en cuenta que las manifestaciones sobre la definición de participante en el mercado que los investigados calificaron como impertinentes fueron sesgadas y citadas incorrectamente, los argumentos presentados en este sentido no pueden tenerse como válidos y por lo tanto serán rechazados por este Despacho.

Asimismo, el Despacho reitera que los investigados cumplieron con el supuesto subjetivo para incurrir en el deber de informar una operación de integración, pues se demostró que ALIENERGY hacía parte de la misma cadena de valor de la que hacen parte MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA, en tanto que participaba y desarrollaba actividades comerciales en el mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz. Incluso, si se admitiera que ALIENERGY no tenía relaciones comerciales en este mercado para el momento específico de la integración, se demostró que participaba de

²³ Folio 21 del Cuaderno Reservado No.1 del Expediente.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

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.

Otro argumento de los investigados se refiere a que en el presente caso no se cumplen los presupuestos básicos para que la operación deba ser estudiada previamente por una autoridad de competencia. Al respecto señalan lo siguiente:

“Universalmente es aceptado que las operaciones que deben ser estudiadas por las autoridades de competencia son aquellas celebradas por empresas que se encuentren en el mismo mercado relevante, que tengan la posibilidad de afectar la libre competencia. Esos presupuestos básicos no se cumplen en el presente caso.”

Este argumento será rechazado, en tanto que se verificó con el material probatorio obrante en el expediente que, de conformidad con la normatividad sobre control previo de integraciones vigente en Colombia, las empresas ALIENERGY, MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA en efecto tenían el deber legal de informar previamente la operación de integración que llevaron a cabo, en la medida que cumplieron los supuestos (i) subjetivo; (ii) objetivo; y (iii) cronológico, dispuestos en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, a saber:

- a) **El supuesto subjetivo:** Implica que las empresas que se pretendan integrar estén dedicadas a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un bien o servicio determinado, o que se encuentren dentro de la misma cadena de valor de dicho bien o servicio. Así, dentro de este supuesto se destacan dos preceptos: que exista una pluralidad de empresas a integrarse y que esas empresas desarrollen la misma actividad económica o que estén en la misma cadena de valor.
- b) **El supuesto objetivo:** También implica dos verificaciones. De un lado, implica verificar si las empresas intervinientes en la operación presentan, en el año inmediatamente anterior a la operación, activos o ingresos operacionales superiores a un monto mínimo establecido por la Superintendencia de Industria y Comercio, ya sea individualmente o en conjunto. Para la época de los hechos bajo examen, el monto establecido por la Superintendencia era de 100.000 SMMLV en ingresos operacionales o activos totales, razón por la cual, quienes superaran ese monto individualmente o en conjunto, y cumplieran con el requisito subjetivo y cronológico, debían informar la integración empresarial.

En segundo lugar, el supuesto objetivo implica determinar si las empresas pretenden fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sin importar la forma jurídica de la operación. En caso afirmativo, las empresas tendrán el deber de informar previamente a la Superintendencia de Industria y Comercio su intención de llevar a cabo la operación.

- c) **El supuesto cronológico:** Implica que las empresas que se pretendan integrar, y cuya situación se enmarque dentro de los supuestos ya referidos, deben, previa la realización de la operación, contar con la aprobación de esta Superintendencia. En

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

este sentido, el aviso no puede ser posterior a la operación, sino que debe realizarse con antelación a la misma, pues de no ser así se perdería el carácter preventivo de la norma.

En este orden de ideas, y de conformidad con lo expuesto anteriormente, para el Despacho está plenamente demostrado con las pruebas obrantes en el expediente que se cumplieron los supuestos citados que determinaban que la operación realizada por los investigados tenía que ser estudiada previamente por la Superintendencia de Industria y Comercio. De hecho, también se cumplieron los presupuestos señalados por los propios investigados en el recurso de reposición, cuando refieren que las operaciones de integración que deben ser estudiadas por las autoridades de competencia son aquellas “[q]ue tengan la posibilidad de afectar la libre competencia”, en tanto que la integración vertical realizada, tenía la posibilidad de ser restrictiva y afectar la libre competencia, como se expone a continuación.

En efecto, la Ley determinó que si las integraciones como la realizada entre ALIENERGY, MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA cumplen con los supuestos objetivo, subjetivo y cronológico y además superan el 20% del mercado relevante, deben ser estudiadas previamente por la Superintendencia de Industria y Comercio, en tanto presentan posibilidades de llegar a ser anticompetitivas, en la medida que podrían comportar una concentración indebida del mercado que genere efectos negativos, tales como restricciones de la oferta, eliminación o exclusión de competidores, posición dominante de la empresa integrada, o cualquier otra alteración que pudiese afectar el mercado respectivo.

En particular, existe la posibilidad de que la integración vertical realizada entre las empresas investigadas pudiese generar una restricción de la oferta de cascarilla de arroz para los competidores de ALIENERGY, teniendo en cuenta que MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA producen a nivel nacional una porción importante de este producto, que sería negado a otros agentes económicos que lo requieran como insumo, al ser destinado únicamente a ALIENERGY²⁴. Asimismo, en el evento en que ALIENERGY llegase a controlar el 100% del mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz, como lo anuncia a sus accionistas, podría presentarse un monopsonio en la demanda de cascarilla de arroz que afectaría a competidores de MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA que tendrían como único comprador de la cascarilla de arroz que producen a ALIENERGY.

²⁴ Al respecto, la Resolución No. 553 de 2013 de la Superintendencia de Industria y Comercio señaló lo siguiente sobre el incentivo que tienen los agentes integrados verticalmente para tener relaciones comerciales exclusivas entre ellos: *“fejs natural que, o bien las empresas accionistas estén obligadas expresamente (de iure) a adquirir o vender los productos de la empresa que crearon (cuestión que no se ha probado en este caso), o bien tengan el incentivo natural para tener una relación económica total o mayoritaria con la empresa creada (de facto), independientemente de que esta relación económica potencialmente exclusionaria, a la postre, no tenga efectos anticompetitivos.*

En efecto, al momento de su creación la nueva empresa ingresa en el nuevo mercado a tener una relación vertical con sus creadores, y tiene la potencialidad de incrementar su porcentaje de participación y de concentrar estructuralmente el mercado gracias a la operación -y no a condiciones de eficiencia propias de su gestión-, toda vez que inicia el desarrollo de una actividad económica entrando a competir con otros agentes que ya están presentes.”

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

Bajo este contexto, este Despacho considera fundamental que la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad única de competencia, hubiera ejercido su función de control previo de la integración entre ALIENERGY, MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA, de manera que hubiese podido verificar que ésta no comportase una consolidación de estructuras económicas que pudieran resultar restrictivas y nocivas para el mercado, los competidores y para los consumidores en general.

7.1. Sobre las pruebas aportadas por los investigados

De otra parte, respecto de los documentos aportados como pruebas junto con el escrito de observaciones al Informe Motivado a que hacen referencia los investigados en el recurso de reposición, este Despacho reitera que de conformidad con lo establecido en el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984²⁵), los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que el funcionario decrete pruebas de oficio. Así bien, en el presente caso, este Despacho no considera procedente decretar de oficio las pruebas aportadas por los investigados, en tanto que no resultan realmente necesarias para que la decisión recurrida varíe a su favor.

Las pruebas aportadas por los investigados que pretenden demostrar la ausencia de participación de ALIENERGY en el mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz, en ningún momento controvierten los fundamentos expuestos por el Despacho en la resolución recurrida, de acuerdo con los cuales se demostró que ALIENERGY era un participante del mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz para la fecha de la operación de integración, en tanto tenía relaciones comerciales en este mercado. En efecto, se demostró que ALIENERGY se presentaba al público como la heredera de la experiencia, reconocimiento y todos los proyectos de una empresa cuya actividad consistía precisamente en el aprovechamiento industrial de biomásas como la cascarilla de arroz. En este sentido, las pruebas presentadas en un momento procesal inadecuado por las investigadas son, además, inútiles procesalmente, en la medida en que no agregan o siquiera tienen la potencialidad de modificar el convencimiento de esta Entidad.

Adicionalmente, si en gracia de discusión se admitiera que ALIENERGY no tenía relaciones comerciales en el mercado de cascarilla de arroz para la fecha de la operación de integración, las pruebas aportadas tampoco controvierten la demostración del segundo evento según el cual se determinó que ALIENERGY participaba en el mercado de aprovechamiento industrial de cascarilla de arroz, en tanto 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 dicho mercado en el futuro cercano, hecho que la convierte en oferta potencial y participante del mismo.

En suma, las pruebas aportadas por los investigados no serán decretadas de oficio por este Despacho, pues al referirse únicamente a algunos contratos y proyectos específicos de ALIENERGY, no controvierten las razones y pruebas anteriormente

²⁵ Norma aplicable en virtud de la fecha de inicio de la actuación administrativa (antes del 2 de julio de 2012).

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

expuestas, que demuestran la participación de dicha empresa en el mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz. De hecho, sostener que la operación mediante la cual MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA adquirieron el control de ALIENERGY no tuvo como objetivo específico la participación en la actividad de aprovechamiento de cascarilla de arroz, resulta en una apreciación en extremo ingenua para este Despacho, teniendo en cuenta que todas las pruebas obrantes en el expediente indican lo contrario.

Finalmente, en cuanto a lo manifestado en el recurso de reposición respecto a que el derecho de defensa de los investigados se vulnera *"cuando se aducen pruebas por la administración, cuando el administrado no tiene como controvertirlas, por haber vencido la oportunidad para ellos"*, este Despacho reitera que durante toda la actuación administrativa que se adelantó, los investigados pudieron pedir y aportar pruebas y presentar los argumentos que consideraran pertinentes, tanto sobre la evidencia que obraba en el expediente, como sobre la que se iba incorporando. **De hecho, fueron los propios investigados quienes aportaron las pruebas de las cuales se desprendieron los hechos cuya valoración pretenden hacer ver como violatoria del ejercicio de su derecho de defensa, tal y como consta en el expediente.²⁶ No es coherente decir que se viola el debido proceso cuando una entidad valora una prueba que precisamente allegaron los investigados, argumentando que estos no tuvieron la posibilidad de controvertirla.**

Por lo anterior, alegar la violación al debido proceso y al derecho de defensa en el recurso de reposición resulta insostenible e infundado, en la medida que se encuentra acreditado con las pruebas del expediente que durante la actuación administrativa adelantada se brindaron a los investigados todas las garantías constitucionales y legales.

7.2. Monto de la sanción

En el recurso de reposición, los investigados señalan que las sanciones impuestas deberían ser revocadas por ser improcedentes, y que para el caso particular de ALIENERGY, la sanción *"supone la quiebra y desaparición de esa empresa"*.

Para este Despacho no son de recibo las afirmaciones arriba expuestas, toda vez que carecen de fundamento jurídico alguno, al paso que desconocen los fundamentos para la adecuación de la sanción que se explicaron en detalle en el capítulo referente al monto de la sanción de la resolución recurrida. En efecto, la Resolución No. 3703 de 2013 impuso las sanciones a los investigados con fundamento en lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el cual dispone que el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias por la violación de las normas sobre protección de la competencia hasta por 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sanción (aprox. COP \$58.000.000.000) o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

²⁶ Documentos aportados mediante comunicación remitida por ALIENERGY obrante en el folio 1293 del Cuaderno Público No. 2.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación N° 11-92744

VERSIÓN PÚBLICA

Asimismo, vale la pena reiterar que la multa de DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES DE PESOS (\$281.000.000.00) que se impuso a ALIENERGY en la resolución recurrida -equivalente a tan solo el 0,48% de la multa máxima aplicable-, fue tasada en aplicación del principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas²⁷ y los criterios de dosificación utilizados por esta Superintendencia, los cuales siguen estándares internacionales²⁸ que establecen un límite para la multa a imponer del 10% del volumen del negocio de la empresa infractora²⁹.

De acuerdo con lo anterior, resultan entonces infundados los argumentos de los investigados en relación con la improcedencia de la sanción impuesta y la supuesta quiebra que supondría su pago para ALIENERGY, máxime si se tiene en cuenta que dicha empresa es controlada por empresas del tamaño de MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 3703 de 5 de febrero de 2013.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a las empresas MOLINOS ROA S.A., MOLINOS FLORHUILA S.A. y ALIENERGY S.A. a través de sus representantes legales o apoderados y a los señores HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, JAIRO ANTONIO ECHAVARRÍA, ANÍBAL ROA VILLAMIL y la señora MARIA ISABEL LASSO HOYOS, en su calidad de personas naturales investigadas, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno en sede administrativa.

ARTÍCULO TERCERO: Una vez en firme la presente decisión, PUBLÍQUESE en la página Web de la Entidad.

²⁷ Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-125 de 2003 señaló lo siguiente: "*En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad*".

²⁸ Al respecto, las Directrices de la Comunidad Europea para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) No. 1/2003, establecen lo siguiente:

"D. Límite máximo legal

32. Por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23, apartado 2, del Reglamento (CE) n o 1/2003".

²⁹ En efecto, la sanción impuesta a ALIENERGY no supera el 10% de sus ingresos operacionales, los cuales, de acuerdo al Estado de Ganancias y Pérdidas de ALIENERGY por los años 2011 y 2010, correspondieron a \$2.813.152.028,10 (Ver Folio 1386 del Cuaderno Público 2 del Expediente).

RESOLUCIÓN NÚMERO 20874 DE 2013 Hoja N°. 30

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación N° 11-92744

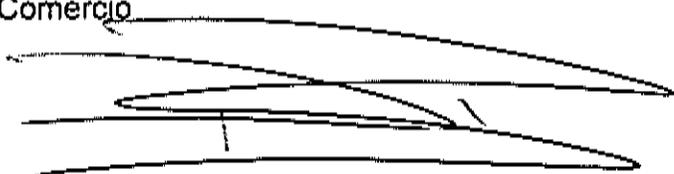
VERSIÓN PÚBLICA

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los

23 ABR 2013

El Superintendente de Industria y Comercio



PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectó: Andrés Pérez

Revisó y aprobó: Felipe Serrano

NOTIFICACIONES:

MOLINOS ROA S.A.
MOLINOS FLORHUILA S.A.
ALIENERGY S.A.
HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
JAIRO ANTONIO ECHAVARRÍA
ANÍBAL ROA VILLAMIL
MARIA ISABEL LASSO HOYOS
Apoderado
Doctor
JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR
CARRERA 14 No. 93B – 02 OFICINA 404
BOGOTÁ D.C., COLOMBIA