



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

CONSEJERA PONENTE: NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Recurso de apelación contra la sentencia de 7 de mayo de 2015,
proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

TESIS: SE CONFIRMA SENTENCIA APELADA, QUE DENEGÓ LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA. "LOS ACTORES INCUMPLIERON CON EL DEBER PREVIO DE INFORMAR A LA SIC, SOBRE LA OPERACIÓN QUE PROYECTABAN LLEVAR A CABO PARA INTEGRARSE, Y QUE SE REALIZÓ EL 22 DE DICIEMBRE DE 2009, ENTRE ELLOS, EN CUANTO SÍ SE DEMOSTRÓ QUE LA DEMANDANTE ALIENERGY S.A., PARA LA FECHA DE LA OPERACIÓN Y CON ANTERIORIDAD, PARTICIPABA EN EL APROVECHAMIENTO INDUSTRIAL DE BIOMASAS, INCLUIDA LA CASCARILLA DE ARROZ, ESTO ES, EN LA MISMA CADENA DE VALOR DE LA QUE HACÍAN PARTE LAS SOCIEDADES DEMANDANTES MOLINOS FLORHUILA S.A. Y MOLINOS ROA S.A., QUIENES SE DEDICAN A LA PRODUCCIÓN DE ARROZ PADDY; ADEMÁS DE QUE LOS MENCIONADOS ACTORES TUVIERON INGRESOS Y ACTIVOS POR ENCIMA DEL UMBRAL ESTABLECIDO POR LA LEY PARA ELLO; Y LA OPERACIÓN REALIZADA POR ELLOS SE CONFIGURA COMO UNA INTEGRACIÓN DE CARÁCTER VERTICAL".

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la actora contra la sentencia de 7 de mayo de 2015, proferida por la Sección Primera -Subsección "A"- del Tribunal

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

I.1-. MOLINOS FLORHUILA S.A., MOLINOS ROA S.A., y ALIENERGY S.A., HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ y JAIRO ANTONIO ECHEVARRIA BUSTAMANTE, por medio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a que mediante sentencia, se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª: Es nula la **Resolución nro. 3703 de 5 de febrero de 2013**, "*Por la cual se imponen unas sanciones*", proferida por el Superintendente de Industria y Comercio.

2ª. Es nula la **Resolución nro. 20874 de 23 de abril de 2013**, "*Por la cual se resuelve un recurso de reposición*", emanada del mencionado Superintendente.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

3ª. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se exonere a los demandantes de cualquier responsabilidad por la supuesta infracción 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", así como del pago de las multas impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio, en adelante SIC, con ocasión de la expedición de los actos acusados.

4ª. Que a título de reparación del daño, se ordene a la SIC 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 resuelva la Litis.

5ª. Que se condene en costas y en agencias en derecho a la entidad demandada.

I.2.- En apoyo de sus pretensiones señaló, en síntesis, los siguientes hechos:

1º. Que el artículo 4º 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 9º de la Ley

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

1340, 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 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"*.

2º. Indicaron que **MOLINOS ROA S.A.** y **MOLINOS FLORHUILA S.A.** compraron el 52% de las acciones de **ALIENERGY S.A.**, mediante el contrato celebrado el 22 de diciembre de 2009. En los certificados de existencia y representación legal de **MOLINOS ROA S.A.** y **MOLINOS FLORHUILA S.A.** se contempla como objeto social el de procesar y vender arroz, mientras que en el certificado de existencia y representación legal de **ALIENERGY S.A.** 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 **MOLINOS ROA S.A.** y **MOLINOS FLORHUILA S.A.** respecto de **ALIENERGY S.A.** no se dedican a la misma actividad económica, como lo exige el artículo 9º

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

de la Ley 1340, para que deba informarse una operación de integración.

Que, además, **MOLINOS ROA S.A.** y **MOLINOS FLORHUILA S.A.** y **ALIENERGY S.A.** tampoco participaban de la misma cadena de valor, para el 22 de diciembre de 2009, fecha de la integración.

3º. Adujeron que, de conformidad con el artículo 406 del Código de Comercio, la enajenación de las acciones nominativas podrá hacerse por el simple acuerdo de las partes, 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.

4º. Que para el año 2009, **ALIENERGY S.A.** no hacía parte de algún 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."*.

5º. Afirmaron que la SIC supuso que al momento en que se produjo la compraventa de acciones entre dichas sociedades, **ALIENERGY**

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

S.A. era “una empresa dedicada al aprovechamiento industrial de la biomasa denominada cascarilla de arroz”. Esta conclusión carece de fundamento fáctico, pues **ALIENERGY S.A.** no compró cascarilla de arroz durante la totalidad del 2009 y consecuentemente, no participó en cadena de valor de la cual también hicieran parte **MOLINOS ROA S.A.** y **MOLINOS FLORHUILA S.A.**

6º. Que la primera compra de cascarilla de arroz por parte de **ALIENERGY S.A.** 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.

7º. Señalaron que mediante la Resolución 56629 de 18 de octubre de 2011, la SIC abrió investigación al considerar que las sociedades **MOLINOS ROA S.A., MOLINOS FLORHUILA S.A.** y **ALIENERGY S.A.** habían llevado a cabo una integración empresarial, sin haber informado previamente a dicha entidad, omitiendo que ni al momento de producir la adquisición de acciones, ni con anterioridad, dichas sociedades no se encontraban en alguno de los supuestos esenciales para que la integración fuese puesta en conocimiento de las autoridades por mandato de la ley.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

8º. Agregaron que 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.

9º. Que el Superintendente de Industria y Comercio expidió la **Resolución núm. 3703 de 5 de febrero de 2013**, mediante la cual impuso sanciones pecuniarias a los demandantes, decisión contra la cual interpusieron recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la **Resolución nro. 20874 de 23 de abril de 2013**, en el sentido de confirmar la decisión recurrida, resolución notificada el 12 de junio de 2013, en tanto se efectuó a través del aviso 6390, entregado el 11 de junio de 2013.

I.3.- A juicio de los actores se violaron los artículos 29 de la Constitución Política; 9º de la Ley 1340; y 174, 175 y 187 del CPC.

Explicaron el alcance del concepto de violación, señalando, en síntesis, lo siguiente:

. PRIMER CARGO: INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 4º DE LA LEY 155, MODIFICADO POR EL ARTÍCULO 9º DE LA LEY

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

1340, Y VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE TIPICIDAD.

Señalaron que, 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.**, estas no se dedicaban a la misma actividad económica, ni participaban en la cadena de valor.

Expresaron que la obligación de informar a la SIC 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 4º de la Ley 155, modificado por el artículo 9º de la Ley 1340.

Indicaron que 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.

Manifestaron que **MOLINOS ROA S.A. y MOLINOS FLORHUILA S.A.** compraron el 52% de las acciones de **ALIENERGY S.A.**, mediante el contrato celebrado el 22 de diciembre de 2009.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

Que está probado con los certificados 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 S.A.** de los años 2009 y 2010, que para la fecha en que se perfeccionó el contrato e incluso con anterioridad, la referida sociedad no hacía parte de negocio alguno, relacionado con la comercialización o transformación de arroz, ni de cascarilla. Es así, como está demostrado que **ALIENERGY S.A.** no participaba en la misma actividad económica, ni en la misma cadena de valor de **MOLINOS ROA S.A.** y **MOLINOS FLORHUILA S.A.**

Estimaron que la interpretación efectuada por la SIC 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 mencionada entidad impuso sanciones, con fundamento en una circunstancia que no está contemplada en norma legal alguna, toda vez que la ley no habla de los criterios, como son: "activos, capital humano, capacidad financiera, entre otros".

. SEGUNDO CARGO: FALSA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ACUSADOS RESPECTO DEL DEBER DE INFORMAR LA INTEGRACIÓN EMPRESARIAL A LA SIC.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

Alegaron que la adquisición de **ALIENERGY S.A.** por parte de **MOLINOS ROA S.A.** y **MOLINOS FLORHUILA S.A.**, se perfeccionó el 22 de diciembre de 2009, fecha para la cual **ALIENERGY S.A.** no hacía parte de negocio alguno, relacionado con la comercialización o transformación de arroz ni de su cascarilla.

Que, no obstante ello, la SIC 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 consiguiente, **ALIENERGY S.A.** no se encontraba en la misma cadena de valor de **MOLINOS ROA S.A.** y **MOLINOS FLORHUILA S.A.**

Expresaron que con los informes de gestión de **ALIENERGY S.A.**, correspondientes a los años 2009 y 2010, está probado que dicha sociedad 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

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

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.

Afirmaron que las pruebas en las que se basó la SIC, 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+A S.A.; y iv.) las compraventas de arroz entre **MOLINOS ROA S.A. y MOLINOS FLORHUILA S.A.** y la sociedad BIO+A S.A., elementos que fueron interpretados por la SIC de manera descontextualizada.

Respecto de la *prueba de la página web oficial de **ALIENERGY S.A.***, indicaron que BIO+A S.A. en realidad cedió sólo algunos proyectos específicos que no tenían relación con la cascarilla del arroz.

Que ello se evidencia en las Actas núms. 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 S.A.* no pudo haberse referido a

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

producto alguno de la cadena de valor de arroz, en la medida en que BRINSA S.A. 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 S.A. y evaluar su utilidad en el desarrollo del objeto social de dicha empresa.

BRINSA S.A. y **ALIENERGY S.A.** terminaron la oferta comercial cedida por BIO+A S.A. y realizaron un nuevo acuerdo para la elaboración de un nuevo estudio, que tampoco tenía relación alguna con el arroz ni con la cascarilla.

En relación con la *cesión del negocio jurídico entre BIO+A S.A. y DRESDEN INGENIERÍA LTDA. y PRODUCTOS CERÁMICOS FLAM S.A.*, señalaron que el objeto del referido contrato era la prestación de servicios de consultoría; y que revisadas las páginas de dichas sociedades se constata, según los actores, que estas se dedican a la fabricación de maquinaria, la arcilla y la cerámica, respectivamente, actividades que no se derivan del arroz y tampoco producen como residuo cascarilla de arroz.

Frente a la *cesión del negocio jurídico entre BIO+A S.A. y ARCILLAS SANTA ANA S.A.*, manifestaron que se trata de un servicio de

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

consultoría y que la sociedad ARCILLAS SANTA ANA S.A. no se dedicaba a actividad alguna relacionada con el arroz o su cadena de valor, como consta en la página web.

Sobre el *informe de gestión de **ALIENERGY S.A.** del año 2009*, los actores expresaron que la SIC no tuvo en cuenta la totalidad del informe de gestión, del que se infiere que la sociedad en mención 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.**

Que, la Superintendencia demandada 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 sólo hasta el 4 de abril de 2010; y que dicha empresa se dedicó exclusivamente a la elaboración de consultorías sobre la utilización de biomásas dentro de las cuales no se encontraba la cascarilla de arroz.

Respecto del *testimonio del señor Edgar Ramírez Martínez*, representante legal de BIO+A S.A. y las compraventas de arroz entre **MOLINOS ROA S.A.** y **MOLINOS FLORHUILA S.A.** y la sociedad BIO+A S.A., consideraron que el hecho de que BIO+A S.A. comprara

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

cascarilla de arroz para la realización de sus operaciones, no implica que **ALIENERGY S.A.** hubiese heredado los proyectos de BIO+A S.A. en relación con la cascarilla de arroz.

Que, por el contrario, del testimonio de su representante legal y de las compraventas de cascarilla de arroz, se concluye que BIO+A S.A. continuó existiendo con posterioridad a la creación de **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.**

. TERCER CARGO: VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 174, 175 y 187 DEL CPC.

Manifestaron que la SIC desconoció las pruebas que demuestran que **ALIENERGY S.A.**, desde su constitución hasta el año 2010, no realizó actividad alguna relacionada con el negocio de la cascarilla de arroz, pues si bien la sociedad en mención realizó durante ese período consultorías para la utilización de biomásas, ellas no tenían que ver con cascarilla de arroz.

Expresaron que el término de biomásas no se refiere necesariamente a la cascarilla de arroz, lo que significa que cualquier negocio

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

relacionado con la utilización de biomásas no lo está con tal producto.
Por lo tanto, la SIC efectuó una inadecuada valoración probatoria.

I.4.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **SIC**, mediante apoderado, contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de las pretensiones adujo, en esencia, lo siguiente:

Respecto al *primer cargo*, señaló que del artículo 4º de la Ley 155, modificado por el artículo 9º de la Ley 1340, de los numerales 15 y 16, el artículo 4º del Decreto 2153 de 31 de diciembre de 1992¹, modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1341 de 30 de julio de 2009² y de los numerales 11 y 12 del artículo 3º del Decreto 4886 de 23 de diciembre de 2011³, se desprende que las empresas que incumplan el deber de informar a la SIC una operación de integración empresarial, estando obligadas a hacerlo, incurren en una infracción

¹ "Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones", expedido por el Presidente de la República.

² "Por la cual se definen Principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional del Espectro y se dictan otras disposiciones."

³ "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", expedido por el Presidente de la República.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

al régimen de protección a la competencia, que da lugar a la imposición de una sanción pecuniaria.

Manifestó que en la actuación administrativa, la SIC descartó que las sociedades demandantes desarrollaran la misma actividad, en la medida en que no todas participaban en el mismo mercado.

Determinó que **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.**, por cuanto tenía la capacidad (en activos, capital humano, capacidad financiera), la firme intención y el compromiso de realizar transacciones y obtener ingresos en dicho mercado en el futuro cercano.

Que su 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 cascarilla de arroz.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

En relación con el *segundo cargo*, expresó que **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+A S.A., una sociedad reconocida por dedicarse al aprovechamiento de residuos, incluida la cascarilla de arroz.

Indicó que para la época en que se realizó la actuación administrativa, **ALIENERGY S.A.** anunciaba en la sección "Quienes Somos" de su página web oficial, que había heredado la experiencia y la propiedad de todos los proyectos realizados por BIO+A S.A., entre mayo de 2006 y febrero de 2009.

Que en la actualidad en la sección "Empresas- Quienes somos" de su página web, **ALIENERGY S.A.** señaló: "*Finalizando el año 2009, el grupo ROA y FLORHUILA adquirió el 25% de las acciones de ALIENERGY, proporcionándole así (sic) el plus necesario para la consolidación de proyectos ambientales de gran escala*".

Que en la sección "Proyectos- proyectos actuales- Sustitución de combustible por cascarilla de arroz de ladrilleras y tabacaleras en las

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

zonas de Huila y Meta” de su página web 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”.*

Que 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.

Que la actividad principal fue descrita en detalle por su representante legal, Edgar Ramírez Martínez, al momento de rendir testimonio ante la SIC, el 10. de junio de 2012, del que se advierte la estrecha relación de la actividad de la sociedad BIO+A S.A. con el manejo de biomásas, 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+A S.A. incluía procesar cascarilla de arroz.

Expresó que las compras de cascarilla de arroz, que realizó BIO+A S.A. a **MOLINOS ROA S.A.** y **MOLINOS FLORHUILA S.A.**, al menos desde el año 2008, fueron heredadas por **ALIENERGY S.A.**, que

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

manifestó públicamente haber heredado sus proyectos y experiencia, que incluían específicamente el tratamiento de cascarilla de arroz.

Que 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.**, realizaba actividades comerciales en el mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz.

Que, por otro lado, en la actuación administrativa se recaudaron elementos probatorios que demostraron 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 biomásas, 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.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

Anotó que del informe de gestión de **ALIENERGY S.A.** de 2009, se observa que dicha 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.

Sostuvo que el propio apoderado de los demandantes admitió, expresamente, que sólo un poco menos de cuatro 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.**, ya que para 2010, su único proyecto productivo era la comercialización de la cascarilla.

Consideró que quedó demostrado que **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 biomásas, como la cascarilla de arroz; además de que el objeto principal de **ALIENERGY**

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

S.A. era el aprovechamiento de biomásas, y 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.

Que las pruebas a las que hace alusión el apoderado de los actores no desvirtúan en manera alguna los supuestos fácticos de los actos administrativos acusados, pues al referirse únicamente a unos contratos y proyectos específicos de **ALIENERGY S.A.**, no controvierten las razones y pruebas, que demuestran la participación de dicha empresa en el mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz.

En cuanto al *tercer cargo*, solicitó que se tuvieran en cuenta los argumentos expuestos en el segundo cargo.

II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Mediante sentencia de 7 de mayo de 2015 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda con base en los razonamientos, que pueden resumirse así:

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

Frente al *primer cargo*, manifestó que en la **Resolución 3703 de 5 de febrero de 2013, acusada**, se hizo referencia a los presupuestos que exige el artículo 9º de la Ley 1340.

Que la SIC descartó que se configurara el supuesto subjetivo, atinente a que las sociedades demandantes desarrollaran la misma actividad económica y concluyó que se configuraba el supuesto objetivo, consistente en que los actores participaban, para la fecha de la operación de la integración, en la misma cadena de valor.

Indicó que en la "Guía de Análisis de Integraciones Empresariales", se define una serie de conceptos que son pertinentes para evaluar los supuestos que prevé el artículo 9º de la Ley 1340.

Que dicha Guía analiza el concepto de "agente" y, sobre el particular, considera que es aquel que participa en un mercado determinado cuando se verifica que realiza actividades comerciales en dicho mercado; o que aunque en el momento específico de la integración el ente económico no obtenga ingresos en el mercado referenciado, existe evidencia de que tiene la capacidad (en términos de activos, capital humano, capacidad financiera, entre otras), la firme intención

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

y el compromiso de realizar transacciones y obtener ingresos en dicho mercado en el futuro cercano.

Estimó que si bien el artículo 9º de la Ley 1340 no prevé los criterios de "*activos, capital humano, capacidad financiera, entre otras*", con respecto a los agentes económicos, para efectos del análisis de integraciones empresariales, 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 la norma que regula el asunto, establece conceptos que deben ser aplicados por la SIC, 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.

Señaló que la entidad demandada no vulneró los principios de legalidad y tipicidad, sino que, por el contrario, suministró al interesado una motivación con mayores fundamentos y contribuyó así a fijar de manera más precisa las reglas aplicables a este tipo de asuntos.

Frente al *segundo cargo*, sostuvo que se encuentra demostrado que efectivamente la adquisición de las acciones de **ALIENERGY S.A.** por

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

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 SIC, según se observa en la **Resolución 3703 de 5 de febrero de 2013 acusada.**

Que para determinar si **ALIENERGY S.A.** pertenecía a la misma cadena de valor de **MOLINOS ROA S.A.** y **MOLINOS FLORHUILA S.A.** y participaba en el aprovechamiento industrial de las biomásas provenientes de la cascarilla de arroz, tanto para el momento de la operación de integración como con anterioridad a la misma, la Superintendencia demandada se basó en las siguientes pruebas: 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+A S.A.

Del anuncio publicitario de *la página Web Oficial de* **ALIENERGY S.A.**, Sección "EMPRESA- QUIENES SOMOS", se observa que dicha sociedad señaló de manera general que había heredado la experiencia y

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

propiedad de todos los proyectos realizados por la sociedad BIO+A S.A.

Al respecto, indicó que de las Actas 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 del negocio con las sociedades BIO+A S.A. y BRINSA S.A. se desvirtúa la afirmación de la actora, en el sentido de que dichos contratos por ser de consultoría no tienen incidencia en la cadena de valor.

Estimó que justamente la utilización de formas para el recaudo de experiencia y conocimiento (know how) en relación con la consultoría para el proceso de biomásas, una de las cuales es la cascarilla de arroz, permite 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.

Precisó que la circunstancia de que no estuviese en esas fechas haciendo parte del proceso de aprovechamiento del mencionado cereal, desde el punto de vista material, no significa que se encontrara

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

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.

Anotó que del anuncio publicitario de la página Web Oficial de **ALIENERGY S.A.**, Sección "Proyectos- Proyectos actuales" se deriva con claridad que dicha sociedad, por lo menos desde 2008, había realizado pruebas de tecnología de quemado de combustibles con la finalidad de sustituir carbón por biomasa para la producción de ladrillo, biomasa que corresponde a la cascarilla de arroz. Por lo tanto, dicho anuncio muestra que **ALIENERGY S.A.** desarrollaba tecnología para el aprovechamiento de la cascarilla de arroz, componente integrante de la cadena de valor en estos desarrollos agroindustriales.

Que, además, se advierte en el certificado de existencia y representación de **ALIENERGY S.A.**, que esta sociedad desde su constitución, 16 de enero de 2009, se planteó como un agente en el aprovechamiento de biomásas, concretamente en la cascarilla de arroz, conforme se aprecia en su objeto social.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

Que dentro del expediente también obra una relación de ventas de cascarilla de arroz entre los años 2008 y junio de 2011, de **MOLINOS ROA S.A.** y **MOLINOS FLORHUILA S.A.**, según la cual para el 15 de enero de 2010 dichas sociedades vendieron cascarilla de arroz a **ALIENERGY S.A.**, lo que desvirtúa lo manifestado por la parte demandante, en el sentido de que fue cuatro meses después de la operación de integración, que la referida sociedad habría iniciado los negocios relacionados con la adquisición de cascarilla de arroz.

Aclaró que la tesis de los actores, según la cual para la fecha de la integración **ALIENERGY S.A.** no desarrollaba actividades materiales de transformación de la cascarilla de arroz se desvirtúa por dos razones: i.) el desarrollo tecnológico de **ALIENERGY S.A.**, en materia de aprovechamiento de la cascarilla de arroz, documentado desde el 2008, lo convirtió en integrante de la cadena de arroz desde 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 mencionados contratos de consultoría; y ii.) si el 15 de enero de 2010 se realizó el contrato de suministro de cascarilla proveniente de las sociedades **MOLINOS ROA S.A.** y **MOLINOS FLORHUILA S.A.** es razonable suponer que le precedió un montaje sofisticado, desde el punto de vista de la tecnología requerida y del

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

aparataje industrial, que se tuvo que concebir e iniciar con bastante antelación a la fecha de la venta de la cascarilla.

Que se debe tener en cuenta el contenido del Acta 5 de la Junta Directiva de **ALIENERGY S.A.**, 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. y MOLINOS FLORHUILA 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.

Así mismo, se deben tener en cuenta los escritos de 22 de diciembre de 2009, suscritos por las sociedades **MOLINOS ROA S.A.** y **MOLINOS FLORHUILA 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 las actas que acreditaban la entrega a esta última sociedad de la cascarilla de arroz, por cuanto con estos documentos se

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

entiende que una vez efectuada la integración empresarial, efectivamente participó en el aprovechamiento de la cascarilla de arroz, pues había obtenido como pago el suministro de dicha materia prima.

Respecto del informe de gestión de **ALIENERGY S.A.**, correspondiente al año 2009, indicó que se evidencia la venta de acciones de esta sociedad a **MOLINOS ROA S.A.** y **MOLINOS FLORHUILA S.A.**, así como el valor de 150 millones de pesos en cascarilla en el mes de enero de 2010, lo que corrobora que el suministro de cascarilla no se hizo el 6 de abril de 2010, sino en enero de 2010.

En relación con el testimonio de Edgar Ramírez Martínez, representante legal de la sociedad BIO+A S.A., expresó que de éste se observa que la actividad principal de la mencionada sociedad es la compra de biomásas, 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.

Desestimó el argumento de los actores, según el cual como la sociedad BIO+A S.A. continuó comprando hasta el 2010 cascarilla de arroz, **ALIENERGY S.A.** no heredó tal proyecto de dicha sociedad, toda vez

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

que esta sociedad desarrolló la mencionada actividad no por haberla heredado de BIO+A S.A., sino porque así lo permitía su objeto social desde el momento de su constitución en sociedad.

Concluyó que desde antes de la integración empresarial, **ALIENERGY S.A.** participaba en el mercado de cascarilla de arroz y, por ende, pertenecía a la misma cadena de valor que **MOLINOS ROA S.A.** y **MOLINOS FLORHUILA S.A.**

En lo concerniente al *tercer cargo*, advirtió que la SIC hizo una valoración probatoria en conjunto de varias pruebas, de las que dedujo que la biomasa a la que se hacía referencia en el caso en concreto era la cascarilla de arroz, lo que se puede confirmar con las pruebas analizadas, en las que concretamente se aludió a tal producto.

Que ello se demuestra, en efecto, en el Acta núm. 5 de 9 de diciembre de 2009 y en el anuncio publicitario en la página web de **ALIENERGY S.A.**, Sección "Proyectos- proyecto actuales- sustitución de combustible por cascarilla de arroz en ladrilleras y tabacaleras en las zonas de Huila y Meta".

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los actores fincaron su inconformidad, en esencia, así:

En primer lugar, señalaron que la sentencia apelada es nula por violar el artículo 29 de la Constitución Política y los artículos 175 y 212 del CPACA, en cuanto el Tribunal omitió la oportunidad procesal establecida por la ley, de correr traslado de las excepciones formuladas por la SIC, para que los actores se pronunciaran sobre ellas, así como para aportar pruebas en contra de las allegadas por esa entidad en la contestación. Eliminó la etapa legalmente establecida para que los demandantes ejercieran su derecho de defensa y contradicción respecto de esos argumentos y esas pruebas.

Explicaron que la SIC "excepcionó con distintas argumentaciones", en particular, que el artículo 4º de la Ley 155 de 1959 contiene conceptos jurídicos indeterminados, "*lo cual en su parecer habilita a esa entidad para ampliar su tenor literal*".

Que con esta excepción nueva, no aducida en la actuación administrativa, la SIC adicionó de hecho los presupuestos previstos por el legislador para que surja el deber de informar las integraciones

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

empresariales a la SIC, al señalar que también debe informarse cuando las empresas tengan "*...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*".

Que el Tribunal se abstuvo de correr traslado de esa excepción a los actores, así como de las demás excepciones que fueron formuladas por la SIC en la contestación de la demanda, a pesar de que los argumentos expuestos en contra de las pretensiones de las mismas no fueron presentados durante la actuación administrativa.

Indicaron que la SIC aportó como pruebas de sus excepciones, en la contestación de la demanda, supuestos nuevos contenidos de la página web de **ALIENERGY S.A.**, extraídos el 22 de septiembre de 2014, es decir, con posterioridad a la actuación administrativa, y que fueron presentados como sustento para afirmar que "*ALIENERGY participaba activamente en el mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz para la fecha en que se llevó a cabo la operación de integración*", sin que el *a quo* diera traslado de las mismas para controvertirlas.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

Alegaron que la sentencia apelada debe revocarse por cuanto el Tribunal de primera instancia omitió valorar los argumentos contenidos en el alegato de conclusión sin motivación válida, con lo cual vulneró el debido proceso, el derecho de defensa y el derecho al acceso a la administración de justicia de los demandantes.

Que el *a quo* se negó a estudiar el argumento del alegato de conclusión, en el que señalaron: *"el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9º de la Ley 1340 de 2009, no contiene conceptos jurídicos indeterminados, como lo pretende la SIC, para justificar su proceder, sino causales objetivas que, en el caso de mis poderdantes, nunca se presentaron"*, con fundamento en que era un "argumento nuevo", cuyo estudio conllevaría vulneración al derecho de defensa de la SIC.

En segundo lugar, argumentaron que la sentencia recurrida constituye, en si misma, una vulneración de los principios de legalidad, tipicidad y reserva de la ley, previstos en el artículo 29 de la Constitución Política, pues el artículo 4º de la Ley 155, modificado por el artículo 9º de la ley 1340, no contiene conceptos jurídicos indeterminados.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

Explicaron que el referido artículo 4º no establece una facultad discrecional de la SIC, en la determinación de los supuestos en que debe informarse una operación de integración, sino una hipótesis reglada. "Por ello, están mal traídas las alusiones que hacen la SIC y el Tribunal a la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados o las normas jurídicas en blanco en esta materia."

Que la citada disposición, modificada por el artículo 9º de la Ley 1340, señala taxativamente las facultades que corresponden a la SIC en esta materia. Ellas, son la de determinar el monto de los activos y de los ingresos operacionales, a partir de los cuales es necesario informar de la operación de integración.

Que el legislador no otorgó autorización alguna para que la SIC determine otros casos, en los cuales deba informarse la operación, ni mucho menos para ampliar a eventos futuros, lo que el legislador exige en tiempo presente para la verificación de los supuestos en los cuales debe informarse dicha operación a la SIC.

Que la SIC, respecto del supuesto relativo a actuar en la misma cadena de valor, afirmó que este requisito sí se presentó porque, a su juicio, este se predica de quien tenga "*la capacidad (en términos de activos,*

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

capital humano, capacidad financiera, entre otras), la firme intención y el compromiso de realizar transacciones y obtener ingresos en un futuro cercano”, con lo cual se alejó por completo de la descripción clara y objetiva que hace el legislador del citado artículo 9º y convirtió, en contra de la sentencia C-228 de 2010 de la Corte Constitucional⁴, el alcance de dicha norma “en un texto indeterminado que dependerá de la exclusiva voluntad y capricho de la SIC”.

En tercer lugar, expresaron que la sentencia apelada es violatoria del debido proceso, así como de los artículos 164 y 176 del Código General del Proceso, pues el fallador de primera instancia valoró de manera defectuosa las pruebas obrantes en el expediente.

Adujeron que carece de fundamento probatorio que **ALIENERGY S.A.** hubiera comprado cascarilla de arroz desde la fecha de su constitución, pues se demostró que a lo largo de la investigación administrativa, que fue después de la integración que **ALIENERGY S.A.** que inició proyectos relacionados con la compra de la referida cascarilla, sin que ello lo ubique en la misma cadena de valor de las sociedades **MOLINOS ROA S.A.** y **MOLINOS FLORHUILA S.A.**

⁴ Corte Constitucional, sentencia de 24 de marzo de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

Que **ALIENERGY S.A.** fue constituida en el año 2009, tal y como consta en el certificado de existencia y representación legal y no compró cascarilla de arroz, ni participó en ninguna cadena de valor de la cual hicieran parte **MOLINOS ROA S.A.** y **MOLINOS FLORHUILA S.A.** para el momento de la integración, esto es, el 22 de diciembre de 2009, ni antes.

Que, concretamente a folio 81 del Cuaderno Reservado núm. 1 de los antecedentes administrativos, se observa con claridad que la primera compra de cascarilla de arroz por parte de **ALIENERGY S.A.** se produjo el 6 de abril de 2010, vale decir, cuatro meses después de la compra de acciones que dio lugar a la integración, que fue cuando empezó a ejecutarse el contrato de suministro entre dicha sociedad y **MOLINOS ROA S.A.** y **MOLINOS FLORHUILA S.A.**

Que se encuentra plasmado que el proveedor se obligó a suministrar al comprador cascarilla y ceniza a partir de 1o. de abril de 2010 en el texto del referido contrato, obrante a folios 1204 a 1214 del cuaderno núm. 1, y en los informes de gestión de **ALIENERGY S.A.**, correspondientes a los años 2009 y 2010.

Que los únicos ingresos que recibió **ALIENERGY S.A.** provinieron de la "venta de los estudios de los subproductos de BRINSA por \$475

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

millones de pesos y en los trabajos de investigación realizados para la compañía Minera Tayrona S.A.", los cuales no tenían que ver con cascarilla de arroz.

Indicaron que no obstante lo anterior, el fallador de primera instancia concluyó que desde antes de su constitución (2008) **ALIENERGY S.A.** se encontraba en la misma cadena de valor que las actoras y que para concluir ello, tuvo en cuenta pruebas que fueron interpretadas de manera descontextualizada y amañada, pues dedujo conclusiones que no se derivan de las mismas, además de la realidad económica de **ALIENERGY S.A.**

Que, por ello, no se cumplían los presupuestos previstos en el artículo 4º de la Ley 155, modificado por el artículo 9º de la Ley 1340, para que los actores informaran a la SIC sobre la operación de integración que realizaron.

Al efecto, analizaron las pruebas, así:

1. *Página web de ALIENERGY S.A. "Sección: "Quienes Somos" y "Proyectos- Proyectos Actuales".*

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

Respecto al aparte citado por el Tribunal de la Sección: "Quienes Somos", señalaron que el mismo no indica qué proyectos se heredaron, ni sus características, por lo cual no se puede concluir que **ALIENERGY S.A.** hubiera ejecutado actividades comerciales con cascarilla de arroz.

Que del análisis de las actas núms. 3 y 4 de la Junta Directiva de **ALIENERGY S.A.** se desprende que BIO+A S.A. cedió a aquella sociedad solo algunos proyectos específicos, ninguno de los cuales tenía relación con la cascarilla de arroz.

En lo concerniente al aparte citado por el Tribunal de la Sección: "Proyectos Actuales", en lo referente al proyecto "*Sustitución de combustible por cascarilla de arroz en ladrilleras y tabacaleras en las zonas de Huila y Meta*", elaborado por **ALIENERGY S.A.** con posterioridad a la integración, expresaron que dicho contenido no fue puesto de presente durante la actuación administrativa que dio como resultado los actos acusados, pues esos proyectos no existían para ese momento. Dicha circunstancia se reafirma con las fechas de consulta de la citada página web, realizada por la SIC en la contestación de la demanda y por el Tribunal.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

Observaron, además, que el *a quo* no analizó todo el contenido de la referida página de internet, pues de ella se desprende que no es cierto que **ALIENERGY S.A.** hubiera iniciado pruebas tecnológicas, antes de la integración, para consolidar dicho proyecto, dado que como se indica en la misma página web, **ALIENERGY S.A.** inició la elaboración de proyectos relacionados con la cascarilla de arroz luego de la señalada integración.

Que, también, resulta ilógica la conclusión del Tribunal de que **ALIENERGY S.A.** realizó actividades con cascarilla de arroz desde el 2008, ya que en su certificado de existencia y representación legal esa sociedad se constituyó el 16 de enero de 2009.

2. Actas núms. 3 y 4 y folio 008 del libro de Actas de la Junta Directiva de ALIENERGY S.A., correspondientes al año 2009.

Respecto al *Acta núm. 3 de 26 de marzo de 2009, sobre la cesión de negocio entre BIO+A S.A. y Arcillas Santa Ana*, adujeron que, ello es un servicio de consultoría, que por definición no hace parte de cadena de valor de un producto. En el mismo se indica que la consultoría se refiere a la utilización de biomasas, pero no a la de cascarilla de arroz, pues dicha empresa se dedica a la fabricación de productos de arcilla.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

Con relación al *Acta núm. 4 de 24 de abril de 2009, sobre la cesión de negocio entre BIO+A S.A. y Dresden Ingeniería Ltda. y Productos Cerámicos Flam S.A.*, expresaron que el objeto del contrato cedido era una consultoría, que se encuentra por fuera de una cadena productiva o de valor de un producto, pues se trata de un servicio externo que no depende de la entrega o producción de un bien final.

Que la actividad de Dresden Ingeniería Ltda. se relaciona como fabricación de maquinaria para el sector cerámico, minero y cementero y la de Productos Cerámico Flam S.A. con fabricación de productos de arcilla y cerámica, las cuales no se derivan del arroz y tampoco producen como residuo, cascarilla de arroz, ni otro producto de la cadena de valor de arroz.

Sobre el folio 008 del Libro de Acta, atinente a la cesión del negocio entre BIO+ A S.A., alegaron que al observar la página web de BRINSA se advierte que esta no tiene relación alguna con el arroz, la cascarilla o cualquier otro producto relacionado con la cadena de valor de arroz, sino con la producción y comercialización de sal y blanqueadores y químicos.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

Que ello se corrobora con el acta de cierre del contrato celebrado entre BRINSA y BIO+ S.A., en la que se puso de presente que la labor de **ALIENERGY S.A.** era analizar los subproductos derivados de los procesos productivos de BRINSA y evaluar su utilidad en el desarrollo del objeto social de dicha empresa.

Que, en dicho documento, además realizaron un nuevo acuerdo que no tenía relación alguna con el arroz o su cascarilla.

Que no existe prueba que permita concluir que las consultorías realizadas por **ALIENERGY S.A.**, en virtud de los referidos negocios cedidos, tuvieran como efecto contribuir a la cadena de valor de arroz.

3. Certificado de existencia y representación legal de ALIENERGY S.A.
Estimaron que en el aparte transcrito por el Tribunal del objeto social de la mencionada sociedad solo indica que el mismo está relacionado con el aprovechamiento de biomásas en general, sin que se pueda afirmar que se refiera exclusivamente a la cascarilla de arroz.

Aclararon que el término de "biomásas" no se refiere a la cascarilla de arroz, pues la Real Academia de la Lengua Española lo define como

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

“Materia orgánica originada en un proceso biológico, espontáneo o provocado, utilizable como fuente de energía.”

4. Facturas de venta de 15 de enero de 2010 de MOLINOS ROA S.A. (Factura núm. FO02-0000400398) y MOLINOS FLORHUILA S.A. (Factura núm. FV01-0095520)

Sostuvieron que de dichas facturas se desprende que no corresponden a una venta de cascarilla de arroz, sino al pago parcial de las acciones de **ALIENERGY S.A.**

Que MOLINOS ROA S.A. suministró a **ALIENERGY S.A.** cascarilla de arroz por valor de \$122.594.156.74, y FLORHUILA S.A. por valor de \$64.905.843.26, como parte de pago de las acciones de esa sociedad.

5. Contrato de suministro de cascarilla, celebrado entre las actoras y ALIENERGY S.A.

Consideraron que el Tribunal erró al señalar que el citado contrato fue celebrado el 15 de enero de 2010, pues este fue suscrito el 10. de abril de 2010 (folios 1204 a 1214 del cuaderno núm. 1.)

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

Que el 15 de enero de 2010 **ALIENERGY S.A.** no compró cascarilla de arroz, sino que realizó el pago parcial de las acciones mediante el suministro de cascarilla de arroz a esa empresa, lo cual, a su juicio, es diferente.

Que, a folio 81 del cuaderno núm. 1, se observa con claridad que la primera compra de cascarilla de arroz por **ALIENERGY S.A.** se realizó el 6 de abril de 2010, después de la compra de acciones que dio lugar a la integración.

6. Acta núm. 5 de la Junta Directiva de ALIENERGY S.A.

Afirmaron que el fallador de primera instancia señaló que **ALIENERGY S.A.** “*tenía la intención de participar en el mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz*”, pero el artículo 4º de la Ley 155, modificado por el artículo 9º de la Ley 1340, exige que solo sean informadas las integraciones empresariales que proyecten realizar empresas que, en tiempo presente realicen la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, mas no incluye, como causal subjetiva, la intención que puedan tener las empresas al momento de realizar esa operación.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

7. Cartas de Aceptación de la oferta de suscripción de acciones por parte de MOLINOS FLORHUILA S.A. y MOLINOS ROA S.A., de 22 de diciembre de 2009.

Alegaron que erró el Tribunal al concluir que del contenido de esas comunicaciones se podía evidenciar que los actores pagaron con cascarilla de arroz las acciones el 22 de diciembre de 2009, toda vez que hicieron el pago parcial de esas acciones, mediante el suministro de cascarilla, el 15 de enero de 2010.

8. Informe de Gestión de ALIENERGY S.A. de 2009.

Manifestaron que de la totalidad del citado informe se infiere con total claridad que la mencionada sociedad no adelantó negocio alguno relacionado con la comercialización de la cascarilla de arroz, antes de la integración con los actores.

Que el Informe de Gestión de 2010 demuestra que solo hasta el 4 de abril de 2010, es decir, cuatro meses después de la integración, ALIENERGY S.A. inició la comercialización de cascarilla de arroz.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

9. Testimonio del señor EDGAR RAMÍREZ MARTÍNEZ, Representante Legal de la sociedad BIO+A S.A. y las compraventas de arroz entre los actores y ALIENERGY.

Alegaron que contrario a lo afirmado por la SIC, para la época en que los actores suscribieron las acciones ofrecidas por **ALIENERGY S. A.**, BIO+A S.A. siguió con la compra de cascarilla de arroz, pues esa actividad no fue cedida a dicha empresa.

Que el Tribunal concluyó que **ALIENERGY S.A.** no había heredado los proyectos de BIO+A S.A. relacionados con la compra de cascarilla de arroz, pues desde su constitución lo desarrolló de forma autónoma, lo cual carece por completo de respaldo probatorio.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- La **parte actora** señaló que el Tribunal omitió valorar los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión que se presentaron en primera instancia, sin justificación alguna, por lo que se le vulneró el derecho a la administración de justicia, dado que se limitó a afirmar que dichos argumentos eran nuevos, sin considerar que los mismos desarrollaron el cargo de violación del principio de legalidad invocado en la demanda.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

Agregaron que con la decisión de primera instancia se desconoció que el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9º de la Ley 1340 de 2009, fue demandado ante la Corte Constitucional, la cual lo declaró ajustado a derecho, en cuya exequibilidad precisó que dentro de las funciones asignadas a la **SIC**, respecto del desarrollo y aplicación de dicho artículo no se incluyó la de "*adicionar ingredientes normativos, como lo hizo en el presente caso*".

Señalaron que el Tribunal pretermitió la oportunidad procesal prevista para pronunciarse sobre las excepciones formuladas por la **SIC**; vulneró los principios de legalidad, tipicidad y reserva de ley; e incurrió en una valoración defectuosa de las pruebas obrantes en el expediente, debido a que, según su opinión, fueron analizadas de manera descontextualizada.

Concluyeron que no se vulneró el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, ni norma alguna, por lo que solicitó revocar la sentencia objeto de recurso y, en su lugar, declarar la nulidad de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 6º de la Resolución núm. 3703 de 5 de febrero de 2013, así como del artículo 1º de la parte resolutive de la Resolución núm. 20874 de 23

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

de abril de 2013, al considerar que con su expedición la **SIC** infringió normas de orden legal y constitucional.

- Por su parte, la **SIC** en sus alegatos de conclusión solicitó confirmar la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda, para lo cual señaló que las excepciones propuestas eran de mérito; y que de conformidad con lo previsto en los artículos 180, numeral 2, y 207 del CPACA, cualquier irregularidad o vicio de procedimiento que se hubiese materializado en la primera etapa del proceso se saneó en la audiencia inicial.

Respecto del argumento relativo a que a la **SIC** le estaba vedado presentar argumentos diferentes a los consignados en los actos acusados de nulidad, señaló que así como los administrados cuentan con la posibilidad de presentar ante la jurisdicción nuevos o mejores argumentos que los presentados en la actuación administrativa, dicha posibilidad era extensiva a la administración.

Consideró que no le asistía razón a los demandantes al señalar que no tuvieron la oportunidad de controvertir las pruebas presentadas con la contestación de la demanda, pues pudieron presentar los recursos procedentes contra la decisión que se adoptó en la audiencia inicial de otorgarles valor probatorio, lo cual no ocurrió.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

Destacó que le asistió razón al Tribunal tener por probado que **ALIENERGY S.A.** hacía parte de la misma cadena de valor de las sociedades **MOLINOS ROA S.A.** y **MOLINOS FLOR HUILA S.A.**, *“en tanto que hacía parte de la oferta del mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz”*.

Finalmente, resaltó que dentro del proceso se probó que **ALIENERGY S.A.** participaba y tenía relaciones comerciales en el mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz para la época en que se realizó la operación de integración, por cuanto 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 advirtiéndole que había heredado su experiencia y reconocimiento, además de la propiedad de todos sus proyectos.

- En esta etapa procesal, el Ministerio Público guardó silencio.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

El presente asunto se contrae a establecer la legalidad de las **Resoluciones núms. 3703 de 5 de febrero de 2013 y 20874 de 23 de abril de 2013**, expedidas por la SIC, por medio de las cuales, en ese orden, se impusieron a los actores unas sanciones pecuniarias, y se confirmó la anterior decisión al resolver el recurso de reposición interpuesto por los investigados.

Se observa que la SIC expidió las **resoluciones acusadas**, como resultado de la investigación administrativa adelantada contra los actores, por la violación del artículo 4º de la Ley 155, modificado por el artículo 9º de la Ley 1340, al comprobar que incumplieron con el deber previo de informar a la SIC sobre la operación que proyectaban llevar a cabo para integrarse; y que se realizó el 22 de diciembre de 2009 entre ellos, en cuanto se demostró que la demandante **ALIENERGY S.A.**, para la fecha de la operación y con anterioridad, *participaba* en el aprovechamiento industrial de biomasas, incluida la cascarilla de arroz (subproducto del arroz paddy), esto es, en la misma *cadena de valor* de la que hacían parte las sociedades demandantes **MOLINOS FLORHUILA S.A. y MOLINOS ROA S.A.**, las cuales se dedican a la producción de arroz paddy; los mencionados actores tuvieron ingresos y activos por encima del umbral establecido por la

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

ley para ello; y la operación realizada por ellos se configura como una integración de carácter vertical.

La citada disposición, es del siguiente tenor:

“[...] **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.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

Esta última podrá sugerir, de ser el caso, condicionamientos tendientes a asegurar la preservación de la competencia efectiva en el mercado.

PARÁGRAFO 1o. 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 2º. 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. [...] (Las negrillas y subrayas fuera de texto.)”

En *primer lugar*, el apoderado de los demandantes señaló que la sentencia apelada es nula por violar el artículo 29 de la Constitución Política y los artículos 175 y 212 del CPACA, en cuanto el Tribunal de primera instancia omitió la oportunidad procesal establecida por la ley, de correr traslado de las excepciones formuladas por la SIC, para que los actores se pronunciaran sobre ellas, así como para aportar pruebas en contra de las allegadas por esa entidad en la contestación. Que eliminó la etapa legalmente establecida para que los demandantes ejercieran su derecho de defensa y contradicción respecto de esos argumentos y esas pruebas.

Sobre el particular, la Sala debe precisar que no resulta de recibo tal afirmación, habida cuenta que la parte demandante bien pudo alegar

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

dicha circunstancia en la audiencia inicial, esto es, el saneamiento de algún vicio que pudiera acarrear una nulidad procesal, de conformidad con el numeral 5 del artículo 180 del CPACA; pero comoquiera que la mencionada parte no asistió a dicha audiencia, como tampoco lo hizo su apoderado, quien debía "*concurrir obligatoriamente*", según lo previsto en el numeral 2 del artículo 180 del CPACA, quedaron saneados los presuntos vicios de nulidad de que pudiere adolecer el proceso y, en consecuencia, descarta la eliminación de la etapa para que los demandantes ejercieran su derecho de defensa y contradicción respecto de sus argumentos y pruebas, relacionadas con las excepciones formuladas por la SIC.

Y sobre el argumento de que la prueba de la copia impresa de los nuevos contenidos de la página web de **ALIENERGY S.A.**, extraídos el 22 de septiembre de 2014, visible a folios 201 a 211 del cuaderno principal, fue aportada por la SIC con posterioridad a la actuación administrativa, la Sala observa que la misma fue allegada durante la contestación de la demanda, oportunidad prevista en el artículo 212 del CPACA, para aportar pruebas en la primera instancia y sobre la cual no hubo objeción alguna durante las oportunidades señaladas por la ley para ello.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

Además, el artículo 175 del CPACA, en su numeral 4, dispone que “[...] *el demandado deberá aportar con la contestación de la demanda **todas las pruebas** que tenga en su poder que pretenda hacer valer en el proceso [...]*”.

Por tal razón, le asistió razón al *a quo* al disponer en la audiencia inicial, lo siguiente:

“[...] El Despacho dispone incorporar formalmente al expediente la documental allegada, obrante a folios 35, 197 a 212 del expediente, las partes quedan notificadas en estrados [...]”.

En lo concerniente a que la SIC introdujo el argumento, consistente en que el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, en lo correspondiente a la expresión *“las empresas que participen en la misma cadena valor”*, contiene conceptos jurídicos indeterminados o de amplia connotación, a los cuales ella debe darle alcance con la ayuda de la hermenéutica, solo en la contestación de la demanda, *después de agotada la vía gubernativa*, la Sala debe señalar que el artículo 175 *ibidem*, claramente preceptúa, en sus numerales 2 y 6, que el escrito de contestación de la demanda contendrá “un pronunciamiento sobre las pretensiones y los hechos de la demanda” y “la fundamentación fáctica y jurídica de la defensa”, razón por lo cual la SIC, en su contestación, podía exponer en la referida etapa el citado argumento, el cual está

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

relacionado y responde a lo planteado en el primer cargo de la demanda.

Ahora, el apoderado de los actores también adujo que el Tribunal de primera instancia se negó a estudiar su argumento del alegato de conclusión, en el que señalaron: *"el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9º de la Ley 1340 de 2009, **no contiene conceptos jurídicos indeterminados**, como lo pretende la SIC, para justificar su proceder, sino causales objetivas que, en el caso de mis poderdantes, nunca se presentaron"*, con fundamento en que era un "argumento nuevo", cuyo estudio conllevaría vulneración al derecho de defensa de la SIC.

Sobre este punto, vale la pena aclarar que si bien es cierto que el Tribunal señaló en el acápite "Consideración Previa" que los nuevos argumentos expuestos por la parte demandante en la etapa de alegatos de conclusión no podían ser analizados en esa fase del proceso, también lo es que seguidamente analizó y decidió sobre dicho argumento, al absolver el "cargo primero", en los siguientes términos:

"[...]"

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**

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

normas en materia de protección de la competencia”,
dispone:

[...]

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:

[...]

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

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 valor⁵.

2.1.2 Supuesto Objetivo

⁵ "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."

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

- 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, del año fiscal inmediatamente anterior a aquel en que se cumple con el deber de informar la operación de integración proyectada.”.

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 de 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 configuraba (Fls. 91, 96, 97 y 100 c.1):

“[...]

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

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 advirtiéndole 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 biomásas 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

[...]

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.

”

[...]

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

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:
[...]

"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 valor (sic) , 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 integración¹⁰. Dicho valor se compara con el monto, en salarios mínimos mensuales legales vigentes, establecido anualmente

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

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.

[...]

De la 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 de la entidad económica no obtenga ingresos en el mercado**

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

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 competencia⁶, 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:**

[...]

⁶ “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.”.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

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.** [...] (Las negrillas y subrayas fuera de texto.)”

El anterior análisis realizado por el Tribunal resulta también válido para demostrar que sí se respondió a la censura señalada con relación a la violación de los principios de legalidad y tipicidad.

Asimismo, pone de presente con respecto a los supuestos que se desprenden del artículo 9º de la Ley 1340 y se deben cumplir para que las empresas informen a la SIC las operaciones de integración que proyectan realizar, que la mencionada entidad descartó que se configurara el *supuesto subjetivo*, atinente a que las sociedades demandantes desarrollaran la misma actividad económica y concluyó que se cumplía con el ***supuesto subjetivo consistente en que los demandantes, para la fecha de la operación de integración, participaban en la misma cadena de valor***, así como los *supuestos objetivos* de que las empresas investigadas tuvieron ingresos y activos por encima del umbral establecido por la ley; y de que la operación realizada por las mencionadas empresas configura una integración vertical.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

Que es el mismo artículo 9º el que prevé claramente los presupuestos que se deben configurar para ello, pero que dicha norma (en blanco) tiene los términos "*cadena de valor*", "*integración empresarial*", "*mercados relevantes*" y "*agentes económicos*", que debían ser desarrollados o evaluados por la SIC, a través de las guías y resoluciones, expedidas con fundamento en sus funciones de pronunciarse sobre los proyectos de integración, así como la de establecer guías, en las que se determine cuáles son los documentos e información necesarios para comunicar dicha operación y se definen los alcances de los aludidos conceptos, con el propósito de evaluar el ***supuesto subjetivo***, "*consistente en si las empresas demandantes pertenecían a una misma cadena de valor*".

Ahora, en tratándose de los *principios de legalidad y tipicidad en el derecho administrativo sancionatorio*, que rige a las actuaciones de la SIC, es del caso traer a colación la sentencia⁷ de la Corte Constitucional, en la que se señaló que estos principios tienen carácter flexible, operan con menor rigor en este campo y que el uso de conceptos indeterminados y de tipos en blanco resulta más admisible

⁷ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-032 de 25 de enero de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos, número único de radicación D-11430.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

en este tipo de derecho sancionador que en materia penal, de la siguiente manera:

“[...] Respetto de los principios de legalidad y tipicidad, la tesis históricamente sostenida por la Corte Constitucional señala que tales principios tienen distinta entidad y rigor en el derecho penal y en el derecho administrativo sancionatorio.

Esta es una tesis reiterada y consolidada por la Corte Constitucional. Así, en la Sentencia C-860 de 2006, que resolvió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra de los artículos 209 y 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificados por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003, la Corte sostuvo que:

*“Debido a las finalidades propias que persigue, y a su relación con los poderes de gestión de la Administración, la jurisprudencia constitucional, ha sostenido reiteradamente que el derecho administrativo sancionador guarda importantes diferencias con otras modalidades del ejercicio del ius puniendi estatal, específicamente con el derecho penal, especialmente en lo que hace referencia a los principios de legalidad y de tipicidad, al respecto se ha sostenido que si bien los comportamientos sancionables por la Administración deben estar previamente definidos de manera suficientemente clara; **el principio de legalidad opera con menor rigor en el campo del derecho administrativo sancionador que en materia penal; por lo tanto el uso de conceptos indeterminados y de tipos en blanco en el derecho administrativo sancionador resulta más admisible que en materia penal.** En esa medida el principio de legalidad consagrado en la Constitución adquiere matices dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate y aunque la tipicidad hace parte del derecho al debido proceso en toda actuación administrativa, no se puede demandar en este campo el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal, por cuanto la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias en estos*

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

*casos hace posible también una flexibilización razonable de la descripción típica.*⁸ (Resaltado fuera de texto)

Esta tesis fue reiterada en la Sentencia C-242 de 2010, cuando la Corte al resolver la demanda de inconstitucionalidad que fuera interpuesta en contra del artículo 175 de la Ley 734 de 2002 *Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*, reiteró el carácter flexible del principio de legalidad y del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionatorio, frente a las prescripciones del derecho penal, fijando además los criterios de evaluación que deben ser satisfechos para uno y otro principio dentro del derecho administrativo sancionatorio. Así, respecto del carácter flexible del **principio de legalidad** dijo:

"3.1.3. En el ámbito del derecho administrativo sancionador el principio de legalidad se aplica de modo menos riguroso que en materia penal, por las particularidades propias de la normatividad sancionadora, por las consecuencias que se desprenden de su aplicación, de los fines que persiguen y de los efectos que producen sobre las personas. **Desde esta perspectiva, el derecho administrativo sancionador suele contener normas con un grado más amplio de generalidad, lo que en sí mismo no implica un quebrantamiento del principio de legalidad si existe un marco de referencia que permita precisar la determinación de la infracción y la sanción en un asunto particular.** Así, el derecho administrativo sancionador es compatible con la Carta Política si las normas que lo integran **—así sean generales y denoten cierto grado de imprecisión—** no dejan abierto el campo para la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones o las penas. Bajo esta perspectiva, se cumple el principio de legalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador cuando se establecen: (i) "*los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada*"; (ii) "*las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la claridad de la*

⁸ "Sentencia C-860 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica No. 5, usando como intertexto las sentencias T-438 de 1992, C-195 de 1993, C-244 de 1996, C-280 de 1996, C-564 de 2000, C-099 de 2003, C-530 de 2003 y C-406 de 2004".

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

*conducta”; (iii) “la sanción que será impuesta o, los criterios para determinarla con claridad”.*⁹

Y respecto del carácter flexible del **principio de tipicidad** como componente del principio de legalidad en derecho administrativo sancionatorio, agregó:

“En la misma dirección, ha reiterado la Corte Constitucional que se realiza el principio de tipicidad en el campo del derecho administrativo sancionador cuando concurren tres elementos: (i) *“Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; (ii) “Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley”; (iii) “Que exista correlación entre la conducta y la sanción”.* **De todos modos, ha destacado la Corte Constitucional que “las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica”.**¹⁰

A lo largo del 2016 la Corte Constitucional ha reiterado estas reglas y estos criterios. Así, en la Sentencia C-491 de 2016, al resolver un caso relacionado con la constitucionalidad de las medidas administrativas de protección radicadas en cabeza del Ministerio de Educación por la Ley 1740 de 2014, que modificó parcialmente la Ley 30 de 1992 sobre educación superior, la Corte volvió a afirmar la tesis del carácter flexible de los principios de legalidad y tipicidad en el derecho administrativo sancionatorio, así como los criterios de evaluación anteriormente reseñados, que condujeron a declarar la exequibilidad de la norma demandada, que era el artículo 3 de la Ley 1740 de 2014.

Dentro de sus razonamientos, la **Corte refirió la existencia de normas en blanco, caracterizadas como preceptos que contienen descripciones incompletas de las conductas censuradas o perseguidas, sostenido que tales normas se**

⁹ “Sentencia C-242 de 2010 M.P. Mauricio González Cuervo, consideración jurídica No. 3.1.3., usando como intertexto las sentencias C-564 de 2000, C-406 de 2004, C-343 de 2006, C-1011 de 2008”.

¹⁰ “Sentencia C-242 de 2010 M.P. Mauricio González Cuervo, consideración jurídica No. 3.1.3., usando como precedente la Sentencia C-406 de 2004 y como intertextos las sentencias C-921 de 2001, C-099 de 2003 y C-343 de 2006”.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

ajustan al principio de tipicidad y son constitucionalmente admisibles, cuando pueden ser completados y precisados, con lo cual se satisface el proceso de adecuación típica de la infracción¹¹. [...]” (Las negrillas y subrayas fuera de texto.)

También, es pertinente traer a colación que en la citada sentencia se estableció que en la interpretación de expresiones (que en ese caso eran los términos “procedimientos” y “sistemas”), se debe atender al uso que de las mismas hacen los sujetos concernidos alrededor del derecho de la libertad de competencia, entre otros, el legislador y sus normas, y *la SIC, como máxima autoridad del sector y de la materia*, así:

“[...] **Respecto de las expresiones “procedimientos” y “sistemas” tendientes a limitar libre competencia, en su interpretación no debe apelarse al ingenuo expediente de acudir al diccionario de la Real Academia de la Lengua, como de continuo se hace, sino que se debe atender al uso que de esas expresiones hacen los sujetos concernidos alrededor del derecho a la libertad de competencia, entre otros, el legislador y sus normas**; los productores, las empresas y los comerciantes que concurren al mercado, quienes indudablemente diseñan y ejecutan actos, acuerdos, prácticas, procedimientos y sistemas de acción; los consumidores; los jueces, especialmente los de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Corte Constitucional y los Tribunales de Arbitramento, cuando hay lugar a ellos; **y la Superintendencia de Industria y Comercio, como máxima autoridad del sector y de la materia**, la que además, por expreso mandato del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 “*deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia*”, acuñando de esta manera el concepto de doctrina probable sobre protección de la

¹¹ “Sentencia C-491 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, consideración jurídica No. 4.2., citando la Sentencia C-393 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil”.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

competencia, que fue declarada exequible por la Corte Constitucional por medio de la Sentencia C-537 de 2010¹². [...]"

De conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional antes transcrita, le asistió razón al Tribunal al sostener que la SIC sí podía evaluar los criterios (para determinar cuando los agentes económicos participan en el mercado): "*capacidad, en términos de activos, capital humano, capacidad financiera, entre otros, la firme intención y el compromiso de realizar transacciones y obtener ingresos en dicho mercado en el futuro cercano*", así como desarrollar los conceptos de "cadena de valor" y de "integración empresarial", bajo el argumento de que se trataban de conceptos indeterminados o normas en blanco, con el propósito de examinar el *supuesto subjetivo* del deber previsto en el artículo 9º de la Ley 1340.

En efecto, dichos criterios y términos no se referían a otro caso o supuesto adicional, no contemplado en el citado artículo 9º, para que las empresas informen a la SIC sobre unas operaciones de integración empresarial, ni se alejaban de la descripción contenida en la referida disposición, conforme lo adujo el apelante, sino al referido *supuesto*

¹² "El punto resolutivo único de la Sentencia C-537 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez dispuso: "Declarar **constitucional** el apartado del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 que establece que, "*Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable*", en el entendido que este solo se aplica para las actuaciones administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio relacionadas con la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal."

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

subjetivo de la citada disposición ("las empresas que [...] participen en la misma cadena de valor").

Ello, teniendo en cuenta que en el campo del derecho administrativo sancionatorio se usan "conceptos indeterminados" y de "tipos en blanco" o con un grado amplio de generalidad, los cuales pueden ser precisados o completados e integrados o concretados y no implican un quebrantamiento de los principios de legalidad y tipicidad, ni de reserva de la ley, pues la naturaleza flexible y menos rigurosa de este tipo de derecho sancionatorio admite que las normas no se encuentren descritas con la misma minuciosidad y detalle que lo exige el derecho penal.

Máxime aún, cuando las expresiones son integradas o completadas o concretadas, atendiendo el uso que de las mismas hace la SIC como máxima autoridad del sector y de la materia (protección de la libre competencia).

En igual sentido, se debe señalar que la sentencia recurrida no es contraria a lo sostenido en la sentencia C-228 de 2010 de la Corte

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

Constitucional¹³, pues en esta se hace referencia sobre la facultad o competencia de la SIC para *establecer* los ingresos operacionales y los activos que deben tener las empresas, los cuales corresponden a *aspectos estrictamente técnicos*, que requieren ser establecidos por la autoridad administrativa y que no fueron previstos por el legislador en la norma, esto es, los *supuestos objetivos* que se deben configurar para que las empresas informen a la SIC sobre la operación de integración que proyectan realizar, previstos en el párrafo 2º del artículo 9º de la Ley 1340, y no se refiere al cuestionado *supuesto subjetivo* de "*participar en la misma cadena de valor*", del cual la SIC, en el caso bajo estudio, precisó o concretó el alcance de dicho precepto sin alejarse de lo contemplado en el mismo.

Por lo anterior, la Sala no observa la alegada violación al debido proceso, derecho de defensa, ni la del derecho al acceso a la Administración de Justicia de los demandantes, ni que la sentencia apelada viole los principios de legalidad y tipicidad y reserva de la ley.

¹³ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia de 24 de marzo de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

No obstante lo anterior, la Sala debe advertir que analizado el material probatorio se evidenció que **ALIENERGY S.A.** no solo tenía la *“capacidad, en términos de activos, capital humano, capacidad financiera, entre otros, la firme intención y el compromiso de realizar transacciones y obtener ingresos en dicho mercado en el futuro cercano”*, sino que, efectivamente, participaba en él.

En *segundo lugar*, el apoderado de los demandantes argumentó que la sentencia apelada es violatoria del debido proceso, así como de los artículos 164 y 176 del Código General del Proceso, pues el fallador de primera instancia valoró de manera defectuosa las pruebas obrantes en el expediente, habida cuenta de que carece de fundamento probatorio que **ALIENERGY S.A.**, para el momento de la integración o desde antes, hubiera participado en la misma cadena de valor de la cual hacían parte **MOLINOS ROA S.A.** y **MOLINOS FLORHUILA S.A.**, esto es, en el aprovechamiento de las biomásas provenientes de la cascarilla de arroz, dado que, a su juicio, se demostró que fue después de la integración que **ALIENERGY S.A.** inició proyectos relacionados con la compra de la referida cascarilla.

Que, por ello, no se cumplían los presupuestos subjetivos, previstos en el artículo 4º de la Ley 155, modificado por el artículo 9º de la Ley

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

1340, para que surgiera el deber de informar a la SIC sobre la operación de integración que realizaron.

Así las cosas, la Sala debe referirse a las pruebas que tuvo en cuenta el Tribunal de primera instancia, así como la SIC, para concluir que desde antes de la integración- 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 de la cual hicieran parte **MOLINOS ROA S.A.** y **MOLINOS FLORHUILA S.A.**, de la siguiente manera:

. SOBRE LOS ANUNCIOS DE LA PÁGINA WEB, EL INFORME DE GESTIÓN DE 2009, EL CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y RESPRESENTACIÓN LEGAL DE ALIENERGY S.A. Y EL TESTIMONIO DEL REPRESENTANTE LEGAL DE BIO+A S.A.

En la Página web de ALIENERGY S.A. "Sección: "Quienes Somos", se establece que la mencionada sociedad heredó todos los proyectos y experiencia de BIO+A S.A., así:

*"[...] 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**.*

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

*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 [...]*

Por su parte, el Informe de Gestión de **ALIENERGY S.A.** de 2009 también da cuenta de que esta heredó **todos** los proyectos de BIO+ A S.A., a saber:

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

*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 [...]*

*"[...] Durante el **2009, ALIENERGY S.A. dio curso a los proyectos de BIO+A S.A. y se iniciaron nuevos y novedosos proyectos** [...]" (Las negrillas fuera de texto.)*

Con respecto a lo anterior, la Sala observa que si bien es cierto que cuando se señala en el referido anuncio que "*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*", no indica qué o cuáles proyectos heredó, como lo sostuvo el apelante, también es cierto que del testimonio del señor EDGAR RAMÍREZ MARTÍNEZ, Representante Legal

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

de la sociedad BIO+A S.A., rendido el 1o. de junio de 2012, se desprende que uno de los proyectos que heredó BIO+A S.A. es el relacionado con la compra de cascarilla de arroz, pues el testigo en mención declaró que esta sociedad sí se dedicaba a la compra de biomásas y que compró cascarilla de arroz hasta el año 2010.

Al efecto, el mencionado testigo, en su declaración, afirmó:

"[...] **PREGUNTADO:** *Cuál es la actividad principal de la compañía BIO+A S.A.* **CONTESTA:** "[...] esa sociedad se dedica a todo lo que tiene 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: *Quiénes son los principales proveedores de cascarilla de arroz.* **CONTESTA:** *En su momento nuestro proveedor fue Molinos Roa [...]"*.

En igual sentido, la Sala estima que al examinar el "Certificado de existencia y representación legal de ALIENERGY S.A.", este pone de manifiesto de manera clara que se constituyó el 16 de enero de 2009, y que su objeto social comprende: "*la promoción del consumo y compraventa de biomásas*"; "*el aprovechamiento de combustibles alternativos*"; "*el aprovechamiento de materias y/o biomásas de otras industrias o procesos productivos generándoles valor agregado y que*

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

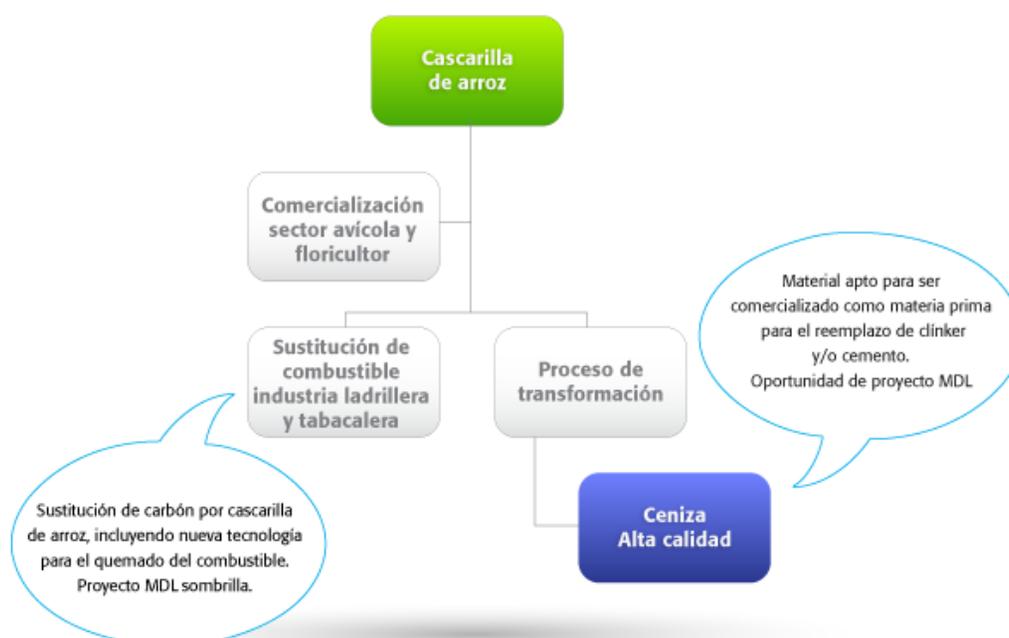
puedan ser aplicados a la industria de la construcción”; “identificación de tecnologías donde puedan ser aplicadas a las biomásas para la generación de energía”, entre otras.

Y que también al analizar la copia impresa de la “Sección “Proyectos-Proyectos Actuales” de la referida página de internet, visible a folios 202 a 204 del Cuaderno Principal núm. 1, se vislumbra el título, que dice así:

*“[...] **Sustitución de combustible por cascarilla de arroz** de ladrilleras y tabacaleras en las zonas de Huila y Meta” y seguidamente se indica: “1. La **sustitución de carbón por biomásas** 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 [...]”.*

Y seguidamente, se observa, en dicho anuncio, el siguiente flujograma, en el que se indica que el carbón será sustituido por la cascarilla de arroz, **de lo cual se infiere claramente que la biomasa que utiliza o aprovecha ALIENERGY S.A. es la de cascarilla de arroz;** y que ello lo venía realizando desde antes de la integración empresarial.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
 Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.



En virtud de lo anterior, para la Sala es evidente que con las anteriores pruebas se demuestra que **ALIENERGY S.A.**, se dedicaba al aprovechamiento de biomásas, incluida la cascarilla de arroz, pues además de tener por objeto la compra y aprovechamiento de biomásas, heredó la experiencia y **todos** los proyectos realizados por BIO+A S.A., **entre mayo de 2006 y febrero de 2009**, que incluye los relacionados con el aprovechamiento de la compra de cascarilla de arroz, la cual era su principal actividad; y que la biomasa que utiliza **ALIENERGY S.A.** es la de cascarilla de arroz.

Sin embargo, de lo probado no se desprende que se haya omitido ceder el referido proyecto de compra de cascarilla, como lo dijo el recurrente,

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

pues, se reitera, que aquella sociedad heredó la totalidad de los proyectos sin señalar alguna excepción.

En otras palabras, con el anterior análisis probatorio, quedó demostrado el cuestionado *supuesto subjetivo*, previsto en el artículo 4º de la Ley 155, modificado por el artículo 9º de la Ley 1340, para que surgiera el deber de informar a la SIC sobre la operación de integración que realizaron los actores, en tanto que se demostró que **ALIENERGY S.A.** para la fecha de la operación de integración, esto es, el 22 de diciembre de 2009, y con anterioridad, *participaba en la misma cadena de valor de la que hacían parte MOLINOS ROA S.A. y MOLINOS FLORHUILA S.A.*, esto es, en la actividad de aprovechamiento de biomásas, incluida la cascarilla de arroz.

Sobre el particular, vale la pena precisar que si bien en algunos apartes de las pruebas relacionadas se refiere solo al término "*biomásas*"¹⁴ de

¹⁴ Según lo señalado en la **Resolución nro. 3703 de 5 de febrero de 2013 acusada**, "La **biomasa** es materia orgánica originada en un proceso biológico, espontáneo o provocado, con la potencialidad de ser utilizada como fuente de energía. La biomasa abarca un amplio conjunto de materias orgánicas que se caracteriza por su heterogeneidad, tanto por su origen como por su naturaleza. **Una de estas biomásas son la cascarilla** y la ceniza de arroz, subproductos del proceso de secamiento de arroz paddy verde, que son utilizadas por industrias para varios usos, de los cuales se destacan los siguientes: [...] 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. [...] (Las negrillas y subrayas fuera de texto.)"

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

manera general, también lo es que al valorar o apreciar los anteriores elementos probatorios en conjunto, se comprueba que dicho término se encuentra relacionado específicamente con la *cascarilla de arroz*.

De ahí que acertó el Tribunal al concluir sobre este tópico, lo siguiente:

“[...] 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. [...]” (Las negrillas y subrayas fuera de texto.)”

No obstante quedar claro que **ALIENERGY S.A.** para la fecha de la operación de integración, esto es, el 22 de diciembre de 2009, y con anterioridad, *participaba en la misma cadena de valor de la que hacían parte MOLINOS ROA S.A. y MOLINOS FLORHUILA S.A.*, la Sala debe resaltar que con el citado Informe de Gestión de 2009 de **ALIENERGY S.A.**, se demuestra la firme intención y el compromiso de esta sociedad de comercializar cascarilla de arroz en el futuro cercano, con el objeto de controlar el 100% del mercado de ese subproducto, cuando señala:

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

“[...] Alienergy S.A. comenzará **su proyecto de comercialización de cascarilla de arroz, con miras de realizar el control del 100% del mercado de este subproducto a nivel nacional** y con el fin de llevar a cabo los proyectos de sustitución de combustible en la industria ladrillera y de producción de ceniza de alta calidad a partir de este subproducto. [...]” (Las negrillas y subrayas fuera de texto.)

La referida intención y compromiso de la mencionada sociedad de controlar el 100% del mercado deja traslucir una razón adicional, por la cual los actores estaban obligados a informar sobre la integración realizada por ellos y la SIC tenía el deber de analizar previamente esa operación y verificar que ella no comportaba una concentración indebida del mercado.

En atención a ello, para la Sala resulta pertinente destacar lo señalado sobre el particular, por la SIC, en la **Resolución núm. 3703 de 5 de febrero de 2013 acusada**, cuando al efecto, advirtió lo siguiente:

“[...] **no puede esta Superintendencia faltar a su deber legal de analizar previamente las operaciones de integración económica que tengan la potencialidad de generar modificaciones en el mercado, máxime si en casos como el que se analiza en la presente decisión, los agentes involucrados pretenden controlar el 100% de un mercado a nivel nacional**, esto es el mercado de cascarilla de arroz. [...]” (Las negrillas y subrayas fuera de texto.)”

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

Ahora, además de lo anterior, se debe puntualizar lo siguiente, con respecto a las antes enunciadas pruebas, a fin de esclarecer los cuestionamientos realizados por el apelante:

En cuanto al documento contentivo del referido título de la "*Sección Proyectos- Proyectos Actuales*", se debe advertir que no obstante que fue aportado por la SIC con posterioridad a la actuación administrativa, es decir, durante la contestación de la demanda, la Sala considera que este fue allegado durante la oportunidad prevista en el artículo 212 del CPACA, en concordancia con el artículo 175 *ibidem*, para aportar pruebas en la primera instancia, además de que fue formalmente incorporado al expediente en la audiencia inicial, como prueba documental, conforme se dijo anteriormente, por lo cual no le asiste razón al apelante en cuestionar la oportunidad en que fue traída esta prueba al proceso.

Igualmente, debe precisarse que no resulta ilógico, como lo alegó el apelante, que el fallador de primera instancia haya sostenido que: "*Del anuncio publicitario se deriva con claridad que Alienergy S.A., por lo menos desde el año 2008, había realizado pruebas de tecnología de quemado de combustibles con la finalidad de sustituir carbón por biomasa para la producción de ladrillo, biomasa que corresponde a la*

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

cascarilla de arroz como se observa del flujograma plasmado en dicho anuncio[...]”, a pesar de que **ALIENERGY S.A.** fue constituida el 16 de enero de 2009, pues es el mismo título del anuncio publicitario de la página de internet el que expresamente señaló que **ALIENERGY S.A.** viene trabajando “*con pruebas de tecnología de quemado de combustible realizadas en el 2008*”, además de que se probó que en la antes citada Sección “*Quienes Somos*” se indicó: “*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*”, y dentro de todos los proyectos, se incluye el de compra de cascarilla de arroz, como se señaló anteriormente.

Aunado a lo anterior, debe ponerse de presente sobre esta prueba, correspondiente al título del anuncio publicitario de la página web de **ALIENERGY S.A.**, visible a folios 201 a 211 del cuaderno principal, que la misma fue valorada como una prueba documental¹⁵; y que si

¹⁵Cabe mencionar que de conformidad con los artículos 243 y 247 del CGP, **el contenido de una página web puede ser valorado como prueba documental**. Así fue expresado en el auto de 12 de diciembre de 2019, proferido por esta Sección (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, núm. único de radicación 11001-03-24-000-2015-00480-00).

En efecto, el artículo 247 del CGP, por un lado, establece que serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud; y, por el otro, señala que la simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos.

Asimismo, el primer inciso del artículo 243 *ibidem* cataloga como documentos a los mensajes de datos.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

bien es cierto que no se probaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se tomaron las capturas de pantalla de esa página web, también lo es que dicha prueba pone en evidencia que la mencionada sociedad ejercía actividades desde 2008.

En lo concerniente al argumento del recurrente, en el sentido de que el Tribunal, al analizar el citado *Testimonio*, concluyó que **ALIENERGY S.A.** no había heredado los proyectos de BIO+A S.A. relacionados con la compra de cascarilla de arroz, para la Sala carece de fundamento el mismo, pues además de que ello no fue manifestado por el *a quo*, lo desestimó, de la siguiente manera:

“[...] no obstante la **Sala desestima el argumento de la parte actora según el cual como la sociedad BIO+A 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.” [...] (Las subrayas y negrillas fuera de texto.)

Ahora, el apelante también afirmó que de la totalidad del *Informe de Gestión de 2009 de ALIENERGY S.A.* “se infiere con total claridad”

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

que la mencionada sociedad no adelantó negocio alguno relacionado con la comercialización de la cascarilla de arroz antes de la integración, como se muestra en los siguientes apartes:

“[...] Se espera antes de la mitad de 2010, **iniciar operación de comercialización, en alianza con la compañía Enmiendas Salamanca S.A.**, cuyas acciones serán compradas por Alienergy en un 55%. El inicio de esta operación será la base de crecimiento y proyección de Alienergy S.A. [...]” (Las negrillas y subrayas fuera de texto.)

Para la Sala no es de recibo este argumento, habida cuenta de que lo que se desprende de dichos apartes es que antes de la mitad del año 2010 **ALIENERGY S.A.** iniciará operación de comercialización **en alianza con la compañía ENMIENDAS SALAMANCA S.A.**, con lo cual en manera alguna desvirtúa que **ALIENERGY S.A.** haya adelantado negocios de comercialización de cascarilla de arroz antes de la integración.

Por tal razón, le asistió razón al *a quo*, cuando expresó:

“[...]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. [...]” (Las negrillas fuera de texto.)

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

Y también le asistió razón, cuando se refirió al cuestionamiento acerca de los ingresos que recibió **ALIENERGY S.A.** para el año 2009, de la siguiente manera:

“[...] 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. [...]”
(Las negrillas fuera de texto).

Ahora, con respecto a lo alegado por el apoderado de los demandantes, en el sentido de que el Informe de Gestión de 2010 demuestra que solo hasta el 4 de abril de 2010, es decir, 4 meses después de la integración, **ALIENERGY S.A.** *inició* la comercialización de cascarilla de arroz, tampoco se puede aceptar este argumento, pues en este informe se pone de presente que efectivamente después de la integración con **MOLINOS FLORHUILA S.A.** y **MOLINOS ROA S.A.**, esta fue la primera venta de cascarilla de arroz que realizó **ALIENERGY S.A.**, pero no desvirtúa que **ALIENERGY S.A.** haya

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

adelantado negocios de comercialización de cascarilla de arroz antes de la integración.

. SOBRE LAS ACTAS NÚMS. 3, 4 Y 5 DE LA JUNTA DIRECTIVA DE ALIENERGY S.A., EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CASCARILLA, CELEBRADO ENTRE MOLINOS FLORHUILA S.A., MOLINOS ROA S.A. Y ALIENERGY S.A., LAS FACTURAS DE VENTA NÚMS. FO 02-400398 Y FV 01-95520, Y LAS CARTAS DE ACEPTACIÓN DE 22 DE DICIEMBRE DE 2009.

El apelante, al referirse a la prueba del *Acta núm. 5 de la Junta Directiva de ALIENERGY S.A.*, adujo que el fallador de primera instancia en la sentencia apelada sostuvo que “*la intención de ALIENERGY S.A. de participar en el mercado de aprovechamiento de cascarilla de arroz*” se corrobora con el contenido de la citada Acta, en la que se dispuso que la tercera parte del precio de las acciones cuya suscripción se ofrecía a las sociedades MOLINOS FLORHUILA S.A. Y MOLINOS ROA 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

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

adeudado por ALIENERGY S.A. por concepto de suministro de cascarilla”.

Pero que, además, el *a quo* no podía sostener eso, dado que, a su juicio, el artículo 4º de la Ley 155, modificado por el artículo 9º de la Ley 1340, exige que solo sean informadas las integraciones empresariales que proyecten realizar empresas que en tiempo presente realicen la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, mas no incluye, como causal subjetiva, la *intención* que puedan tener las empresas al momento de realizar esa operación.

Sobre este aspecto, la Sala reitera que la SIC sí podía evaluar a efectos de determinar cuando los agentes económicos participan en el mercado, y de determinar el *supuesto subjetivo* del deber previsto en el artículo 9º de la Ley 134, los criterios: "*capacidad, en términos de activos, capital humano, capacidad financiera, entre otros, **la firme intención** y el compromiso de realizar transacciones y obtener ingresos en dicho mercado en el futuro cercano*", bajo el argumento de que se trata de conceptos indeterminados o normas en blanco, que pueden ser precisados o completados e integrados o concretados y no

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

implican un quebrantamiento de los principios de legalidad y tipicidad ni de reserva de la ley, como se dijo anteriormente.

Igualmente, el apelante trajo a colación lo relacionado con la prueba del Contrato de Suministro de cascarilla, celebrado entre MOLINOS FLORHUILA S.A., MOLINOS ROA S.A. y ALIENERGY S.A., sobre la cual la Sala estima que, en efecto el referido negocio jurídico fue celebrado el 10. de abril de 2010 y no el 15 de enero de 2010, como lo señaló el Tribunal, pero que ni ello, ni la compra realizada el 6 de abril de 2010, visible a folio 81 del cuaderno núm. 1 del CD, desvirtúan el hecho de que **ALIENERGY S.A.** hubiera participado en la misma cadena de valor de las otras sociedades actoras, con antelación a la integración, esto es, el 22 de diciembre de 2009.

En igual sentido, se refirió a las facturas de venta núms. FO 02-400398 y FV 01-95520 de 15 de enero de 2010, de las cuales si bien le asiste razón al recurrente al señalar que estas pruebas demuestran el pago parcial de las acciones de **MOLINOS FLORHUILA S.A., MOLINOS ROA S.A.** a **ALIENERGY S.A.** del valor total de la suscripción de acciones realizada el 18 de diciembre de 2009, ellas tampoco desvirtúan la participación de **ALIENERGY S.A.** en la misma cadena

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

de valor de las mencionadas sociedades, con anterioridad y al momento de la cuestionada operación.

A este respecto, cabe precisar que las referidas facturas también corresponden al suministro de cascarilla de arroz, como lo expresó el *a quo* en el fallo recurrido, habida cuenta de que en los oficios de 22 de diciembre de 2009, dirigidos a **ALIENERGY S.A.**, a través de las cuales las sociedades **MOLINOS FLORHUILA S.A.** y **MOLINOS ROA S.A.** aceptaron la oferta de suscripción de acciones de 18 de diciembre de 2009, en los términos y condiciones allí establecidos, consta que esos documentos se expidieron *“por concepto de suministro de ALIENERGY S.A. de cascarilla de arroz [...]”*, así:

. OFICIO DE 22 DE DICIEMBRE DE 2009, SUSCRITO POR EL REPRESENTANTE LEGAL DE MOLINOS FLORHUILA S.A.

“[...]

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

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

[...]

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

- 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.

[...]"

. OFICIO DE 22 DE DICIEMBRE DE 2009, SUSCRITO POR EL REPRESENTANTE LEGAL DE MOLINOS ROA S.A.

"[...]

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

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

[...]

- 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.

[...]"

Frente a este punto, la Sala advierte que el Tribunal no concluyó de lo señalado en estas "Cartas de Aceptación de la oferta de suscripción de acciones por parte de **MOLINOS FLORHUILA S.A. y MOLINOS ROA S.A., de 22 de diciembre de 2009**" que las mencionadas sociedades pagaron las acciones con cascarilla de arroz en esa fecha, como lo alegó el recurrente.

Por el contrario, el *a quo* fue muy claro al sostener que mediante dichas comunicaciones ellas aceptaron la oferta de las acciones por parte de

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

ALIENERGY S.A. y adjuntaron los documentos, con los cuales se acreditaba el pago de la tercera parte del valor total de la suscripción, cuando sobre el particular expresó:

"[...] *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"¹⁶.

***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"**¹⁷

De los documentos en mención se desprende:

[...]

(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

¹⁶ CD No.1 carpeta 11-92744 CP-1, página 252, antecedentes administrativos.

¹⁷ CD No. 1 carpeta 11-92744 CP-1, página 253, antecedentes administrativos.

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

el monto de acciones ofrecidas, que una tercera parte del precio de las acciones cuya suscripción se ofrecía a Molinos Roa S.A.

(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. [...]"

Al efecto, se debe tener en cuenta que los pagos de los que se hace referencia, en lo antes transcrito, se hicieron, de conformidad con los **numerales tercero, a, ii; y quinto, a, ii; del Acta núm. 5 de la Junta Directiva de ALIENERGY S.A.**, suscrita el 9 de diciembre de 2009, en los cuales se dispuso que una tercera parte del precio de las acciones, cuya suscripción se ofrecía a **MOLINOS FLORHUILA S.A.** y **MOLINOS ROA S.A.** sería pagada mediante compensación del 80% del valor que en la fecha de aceptación de la oferta facture **MOLINOS FLORHUILA S.A.** y **MOLINOS ROA S.A.** a **ALIENERGY S.A.** por concepto de suministro de cascarilla de arroz, y conforme a los **numerales tercero, b, y quinto, b**, de la citada Acta núm. 5, por medio de los cuales se estableció que el saldo sería pagado mediante compensación del 80% del valor adeudado por **ALIENERGY S.A.** por concepto de suministro de cascarilla.

Los numerales **tercero, a, ii, y b; y quinto, a, ii, y b**, son del siguiente tenor:

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

“[...] **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:

[...] **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 de 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.**

[...]

“[...] **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:

[...] **ii. La suma de \$51.924.674,61, 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.** [...] (Las negrillas y subrayas fuera de texto.)”

[...]

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 de 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. [...] (Las negrillas fuera de texto)” [...]” (Las negrillas y subrayas fuera de texto.).**

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

Por último, en lo concerniente a las actas núms. 3 y 4 de la Junta Directiva de **ALIENERGY S.A** y al folio 008 del libro de Actas de esa Junta, el apelante adujo que las cesiones de negocio que realizó BIO+A S.A. con BRINSA S.A., ARCILLAS SANTA ANA, DRESDEN INGENIERÍA LTDA. y PRODUCTOS CERÁMICOS FLAM S.A., que fueron autorizadas a través de esas actas, son servicios de consultoría, que por definición no hacen parte de la cadena de valor de un producto, porque dichos negocios jurídicos se refieren a la utilización de biomasas, pero no a la de cascarilla de arroz, ya que dichas empresas se dedican a la fabricación de productos de arcilla y cerámica, así como a la producción y comercialización de sal, blanqueadores y químicos.

En relación con esta censura, conviene advertir que teniendo en cuenta que la definición de "*cadena de valor*"¹⁸ comprende "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", dicha definición no debe limitarse al proceso a que es sometido un determinado producto al interior de una empresa, como

¹⁸ Esta definición fue establecida en la Resolución nro. 35006 de 2010, expedida por la SIC, "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" y traída a colación en la **Resolución nro. 20874 de 23 de abril de 2013 acusada.**

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

lo es la cascarilla de arroz, pues esta definición debe ser entendida como las relaciones de 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.

De manera, que acertó el a quo, cuando sostuvo lo siguiente:

“[...] 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 biomasas, 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. [...] (Las negrillas y subrayas fuera de texto.)

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

Así las cosas, para la Sala, en el presente caso, no se evidencian las violaciones aducidas por el apoderado de los demandantes, razón por la cual debe mantenerse incólume la presunción de legalidad que ampara a los actos acusados y confirmarse la sentencia apelada, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

CONFÍRMAR la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 16 de febrero de 2023.

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Presidente

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

REF: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02739-01
Actores: SOCIEDAD MOLINOS FLORHUILA S.A. Y OTROS.

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los integrantes de la Sección Primera en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.