



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 014811 DE 2007
(25 MAYO 2007)

Radicación: 06-110720

VERSION PUBLICA

Por la cual se resuelve un recurso

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO
en ejercicio de sus facultades legales y,

CONSIDERANDO

PRIMERO. Que la Superintendencia de Industria y Comercio profirió la resolución No. 7805 del 22 de marzo de 2007, por medio de la cual objetó la operación de integración informada por las empresas LINDE AG y THE BOC GROUP PLC., informada mediante escrito radicado bajo número 06110720-00.

SEGUNDO. Que mediante escrito radicado bajo el número 06110720-89, de fecha 30 de marzo de 2007, el doctor Gabriel Ibarra Pardo, en su condición de apoderado de las sociedades LINDE AG y THE BOC GROUP PLC, interpuso en tiempo y con el lleno de los requisitos de ley recurso de reposición contra la citada resolución 7805 del 22 de marzo de 2007

TERCERO. Que el recurso fue interpuesto con el fin de que se resuelvan las siguientes peticiones:

" (...) con el objeto de que revoque en su totalidad la decisión en mención y en su lugar:

- (a) Se apruebe sin ninguna objeción la integración proyectada; o*
- (b) En subsidio se aprueba la operación sujeta a los condicionamientos que se ofrecen mediante el siguiente escrito."*

CUARTO. Que teniendo en cuenta lo expuesto en el considerando anterior, este Despacho analizará los argumentos del recurso, así:

4.1. Ausencia de capacidad ociosa de más del 50%

El apoderado de las recurrentes señala: *"No es cierto que la capacidad ociosa de las intervinientes sea en promedio el 51.7%",* manifestando que la Superintendencia incurrió en varios errores:

4.1.1. Contabilizó doblemente la capacidad ociosa de Cryogas

Argumenta el recurrente que la Superintendencia tomó como capacidad ociosa de Cryogas tanto el porcentaje de la capacidad ociosa de la planta de Barbosa, como el total, sumando dos veces la capacidad de la planta de Barbosa, lo cual arroja un dato inexacto.

Según las recurrentes las cifras de capacidad ociosa de Cryogas se deben calcular con base en la sumatoria total de la capacidad total de las plantas.

4.1.2. Imposibilidad de producir gases del aire de forma independiente

Otro aspecto en el cual puntualiza el recurrente en su recurso, guarda relación con la forma de operar las plantas ASU's por parte de las intervinientes y el efecto sobre la capacidad ociosa. Al respecto indica:

" (...) Según lo anterior, las ASU's pueden ser operadas en modo LOX, en modo LIN o en modalidades intermedias dependiendo de las necesidades de producción."

A pesar de que el aire se compone de nitrógeno (78%), oxígeno (21%), y argón (1%), el porcentaje de producción de cada gas atmosférico dependerá del modo en que la planta o ASU se opere."

Manifiesta el apoderado que la programación de las plantas se debe a que los proveedores están sujetos al comportamiento del mercado y la demanda, indicando:

" (...) Los topes máximos de producción y por ende la capacidad ociosa, estará determinada por la proporción que no se utilice de cada gas, en cada proceso de separación."

Cuando las plantas se operan bajo estas modalidades, la capacidad ociosa está en función de las toneladas producidas pero no utilizadas."

4.1.3. Error al sumar y promediar la capacidad de producción de todos los gases

Afirman las recurrentes que otro error en el que incurrió la Superintendencia radica en que la SIC sumó la capacidad de producción de todos los gases del aire que pueden separarse a través de la ASU's con la capacidad de producción de CO₂ (dióxido de carbono) y del C₂H₂ (acetileno), procedimiento que no es de recibo, toda vez que se trata se gases que se producen en unidades diferentes, señalando sobre el punto:

" (...) en consecuencia la capacidad instalada de las ASU's no incide para nada en la capacidad instalada de las plantas de producción de CO₂ y C₂H₂."

De ahí que la suma de los porcentajes de capacidad ociosa de todos los gases, haya llevado a la SIC a una conclusión alejada y ajena a la realidad."

4.2. Aga Fano y Cryogas no quedarán en capacidad de influenciar los precios, como resultado de la operación.

Manifiesta el apoderado que la afirmación hecha por el Despacho sobre la posibilidad de influenciar las condiciones de los mercados analizados por parte de las intervinientes, pasa por alto los siguientes aspectos:

4.2.1. La estructura de la demanda

Según el recurrente la demanda de gases medicinales se encuentra concentrada en los consumidores EPS e IPS, lo que les confiere un poder de compra que excluye por completo la posibilidad de que las empresas recurrentes puedan fijar precio alguno.

Señala que el precio del oxígeno ha venido decreciendo entre el año 2003 y 2006, lo que no hubiera ocurrido si los consumidores no tuvieran poder de compra.

También indica el apoderado que en el sector medicinal -home care-, las EPS e IPS han diseñado un esquema de contratación denominado capitación, que es una tarifa plana por el servicio prestado, independientemente del volumen de consumo. Así mismo indica que

los clientes contratan a través de licitaciones públicas o privadas, en donde el proveedor se ajusta al presupuesto del cliente y no viceversa.

4.2.2. Los gases medicinales son medicamentos lo que implica que sus precios están sometidos a control oficial.

Expresa el apoderado que sus poderdantes no pueden llegar a fijar precios inequitativos como consecuencia de la integración e indica que la Superintendencia de Industria y Comercio no hace alusión alguna al control oficial de precios: "(...) *Por consiguiente, la sola existencia de éste mecanismo de control acredita de plano, que mis representadas no estarán en capacidad de fijar precios inequitativos en el campo de los gases medicinales, con posterioridad a la operación.*"

4.3. Las PSA y VPSA son sustitutos y representan una competencia real para las intervinientes.

Manifiestan las recurrentes que el Despacho presentó una apreciación errada cuando señaló que la sustitución con las PSA y VPSA como un método alternativo de producción de oxígeno medicinal y nitrógeno solamente se da para volúmenes bajos, ya que éstas plantas sirven para consumir también volúmenes significativos. Señalan que una prueba de que tal afirmación no es cierta es la planta de Sideboyacá, que es de altos volúmenes de producción.

De igual forma indican que la posibilidad que tienen los industriales de reemplazar el consumo de nitrógeno por plantas VPSA es real porque una vez un cliente decide instalar una planta de éste estilo, el efecto y repercusión en las ventas es significativo por los grandes volúmenes que consumen.

Por ello, solicita la práctica de los testimonios al Vicepresidente de Acesco y al Director de Planta de Bayer Cropscience S.A., para determinar cómo el cliente industrial tiene la capacidad de establecer una planta de este tipo, así como los consumos y volumen de ventas que hubiera perdido Aga Fano, en el evento en que esos clientes hubieran desplazado su consumo, así como establecer que éstos clientes desistieron de montar tales plantas por la disminución de precio de Aga Fano.

Igualmente se indica que en el campo medicinal existen abundantes pruebas acerca de la sustituibilidad de las PSA respecto del oxígeno. Al respecto se manifiesta:

"(...) Y es que el mismo hecho de que la SIC haya abierto una investigación porque supuestamente las compañías productoras de gases, por métodos criogénicos, habrían restringido la libre competencia entre esos productos y los producidos por plantas PSA y VPSA, constituye una prueba contundente acerca de la presión competitiva de éstas plantas.

No se entendería que para efectos de la investigación, la SIC considere que las PSA y los gases producidos por los intervinientes son competencia, pero que en cambio no ocurre lo mismo para efectos de evaluar y analizar la integración que nos ocupa."

Concluye el apoderado de las recurrentes que el mercado es contestable debido a la presión competitiva que representan las plantas PSA y VPSA.

4.4. Otras precisiones

4.4.1. Exclusividad de las redes entregadas en comodato a los clientes.

Manifiestan las recurrentes que en los contratos de comodato, es lógico que se exija que los equipos se utilicen exclusivamente para el suministro de gases medicinales que realice el comodante, entre otras razones por seguridad del paciente. Al respecto señaló: "(...) no es una práctica segura administrar simultáneamente por una misma red gases de dos proveedores, como tampoco lo es mezclar otro tipo de medicamentos."

Indica también que los equipos dados por Aga Fano en comodato constituyen una situación excepcional. La regla general es que el cliente tenga su propia red, en cuyo caso es igualmente importante, evitar el suministro simultáneo de dos proveedores a través de la misma red. El cliente puede cambiar de proveedor en cualquier momento. La exclusividad se limita al uso de los equipos y no impide que el cliente pueda consumir gases de otro proveedor en cilindros o instalar otra red.

Concluyen que no existe ninguna barrera de entrada al mercado.

4.4.2. Producción de O2 gaseoso por parte de Cryogas

Afirman en cuanto a la producción de oxígeno medicinal, que es un error que Cryogas no haya reportado la producción de oxígeno medicinal gaseoso, ya que tales cifras se allegaron con la información correspondiente a la producción de éste gas en el anexo 4.9.1.

4.5. **Condicionamientos**

Indica el apoderado de las intervinientes que en aras de restablecer la competencia en los mercados afectados, las recurrentes proceden a reformular los condicionamientos presentados inicialmente:

4.5.1. Condicionamientos estructurales

[REDACTED]

4

VERSION PUBLICA

[REDACTED]

4.5.3. Condicionamientos de comportamiento

Las recurrentes señalan como condicionamiento de comportamiento la renuncia a las cláusulas de exclusividad cuando las mismas se hayan pactado en los contratos con los distribuidores a partir del momento de la ejecutoria de la Resolución que apruebe la operación de integración.

△

4.5.4. Otros condicionamientos*

Las recurrentes se comprometen a considerar cualquier otro condicionamiento sugerido por la Superintendencia de Industria y Comercio.

4.6. Pruebas

Solicita el recurrente que el Despacho decrete y practique todas las pruebas y testimonios consignados en el acápite N°13 de la solicitud de integración radicada bajo el número 06110720 00000 0000.

QUINTO. Que en cumplimiento de lo establecido en el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, se resolverán todas las cuestiones planteadas con motivo del recurso, en los siguientes términos:

5.1. Ausencia de capacidad ociosa de más del 50%

5.1.1. Doble contabilización de la capacidad ociosa de Cryogas

La capacidad ociosa es una de las variables tenidas en cuenta en el análisis de barreras a la entrada, es decir de las posibilidades que tienen potenciales competidores de entrar en un mercado y ejercer una presión competitiva en términos de oferta, variedades y precios.

Al respecto, señala el recurrente que este Despacho llevó a cabo una doble contabilidad de la capacidad ociosa que tienen las intervinientes. Este argumento no es de recibo, ya que las cifras de capacidad ociosa de ésta compañía, que aparecen reflejadas en la tabla N° 26 de la Resolución N° 7805 del 22 de marzo de 2007, corresponden a las cifras de capacidad ociosa de las plantas localizadas en Sibaté y Barbosa, de manera desagregada.¹ Por lo tanto, no se contabilizó doblemente la capacidad ociosa, sino que se relacionó la capacidad ociosa existente en cada una de las plantas de Cryogas. Las recurrentes, por el contrario, realizan el cálculo de capacidad ociosa con base en la sumatoria de la capacidad total de las dos plantas, de forma que solamente relacionan un porcentaje de capacidad ociosa.

Si aún aceptáramos en gracia de discusión -que no lo es- el error que arguyen las recurrentes, la conclusión a la que se llega es exactamente igual, es decir, que existe capacidad ociosa y que la misma es una de las variables tenidas en cuenta para afirmar la existencia de barreras a la entrada en el mercado relevante definido en la Resolución objeto de este recurso.

En otras palabras, aun cuando la capacidad ociosa correspondiera a un porcentaje diferente a aquel que se relacionó en la Resolución recurrida, lo cierto es que existe capacidad ociosa en cada una de las plantas de las empresas Aga Fano y Cryogas.

En suma, el argumento del apoderado de las recurrentes no desvirtúa la existencia de capacidad ociosa en las plantas de las empresas Aga Fano y Cryogas, circunstancia que, se reitera, es la que permite establecer la existencia de una barrera a la entrada. En efecto, quien pretenda ingresar bajo esta condición, tendría que asumir los costos propios

¹ Información obrante en el expediente radicado bajo el número 06110720-81, bajo folios 730 y 731

de penetración, en un mercado con una demanda satisfecha, en el que existen pocos agentes económicos, los cuales se encuentran consolidados y cuentan con la posibilidad de incrementar en cualquier momento su capacidad de producción con costos más bajos.

5.1.2. Imposibilidad de producir gases del aire en forma independiente

Con respecto a la forma de operación de las plantas ASU's de las intervinientes en la operación, y el efecto sobre la capacidad ociosa, el Despacho reitera que Aga Fano y Cryogas poseen capacidad ociosa, la cual se presenta bajo el sistema de operación LIN y bajo el sistema LOX, circunstancia que bajo la estructura de mercado analizada, configura una barrera a la entrada, tal como se puso de manifiesto en la Resolución recurrida.

5.1.3. Error al sumar y promediar la capacidad de producción de todos los gases

La metodología utilizada por el Despacho para el cálculo de la capacidad ociosa, tal como consta en el numeral 4.6.4. de la Resolución que se recurre, consistió en relacionar los porcentajes de capacidad ociosa de Aga Fano y Cryogas en cada una de las plantas y para cada uno de los productos relevantes definidos en dicha Resolución. Por ello, el hecho de haber calculado un promedio de la capacidad ociosa no desdibuja el hecho de que exista capacidad ociosa en forma independiente en cada uno de los productos relevantes analizados.

En suma, debemos reiterar que para quien pretende incursionar en un mercado, la presencia de capacidad ociosa sí supone un efecto disuasorio, pues no solo implica la existencia de una demanda aparentemente satisfecha, sino la capacidad que tiene el agente actual en el mercado, para incrementar en cualquier momento su producción, sin incurrir en inversiones adicionales.

Por lo tanto, la conclusión de la Superintendencia no es alejada de la realidad, como lo afirman las recurrentes, ya que el análisis realizado se fundamentó en las cifras aportadas por las intervinientes en la operación, y con independencia de la metodología utilizada para el cálculo de capacidad ociosa y el porcentaje efectivo de este, lo cierto es que no se desvirtúa la existencia de capacidad ociosa, que es el aspecto sustancial.

5.1. Capacidad de influenciar los precios como resultado de la operación

5.2.1. Poder de compra de las EPS e IPS

Respecto del poder de compra de los clientes de gases medicinales se pone de manifiesto que las condiciones del mercado de gases medicinales e industriales que fueron analizadas en la Resolución que se recurre, permitirían a las empresas Aga Fano y Cryogas tener la posibilidad de influenciar las condiciones del mercado tales como la variedad, calidad y precio, en los diferentes mercados de producto relevantes analizados, incluidos los gases medicinales.

En cuanto a la posibilidad de determinar los precios, ésta surge de los siguientes factores: La fuerza de mercado que ostentaría la empresa controlante en cada uno de los mercados relevantes analizados, la reducción sustancial de la competencia efectiva al desaparecer

4

del mercado el segundo competidor (Cryogas), la diferencia significativa en la cuota de participación respecto al único competidor real en el mercado (Oxígenos de Colombia Ltda.), la existencia de barreras a la entrada, la no contestabilidad del mercado proveniente de fuentes alternativas de producción, la cual no alcanza al 1% (plantas PSA). Tales factores se presentan con independencia del tipo de clientes que demandan los productos, de la existencia de precios máximos o del sistema de contratación establecido entre el cliente y el proveedor del gas.

Así las cosas, aun cuando las EPS e IPS sean los principales clientes de los gases medicinales y éstos contraten a través de licitaciones, tales circunstancias no les confiere poder de compra frente a las intervinientes, en la medida que las alternativas de escogencia para el cliente, en calidad, servicio, precio, etc., se verían sustancialmente reducidas.

En cuanto a la atención domiciliaria, la existencia de una tarifa plana no desdibuja el hecho que el proveedor es quien tendrá la posibilidad de influenciar la oferta del producto y, por ende, el precio del mismo.

Finalmente, respecto del argumento de las recurrentes según el cual los precios del oxígeno medicinal de la empresa Aga Fano muestran un descenso desde el año 2003 al 2006, lo que en su criterio denota el poder de compra de los consumidores, también lo es que existe un incremento sostenido de los precios desde 1999 hasta el año 2004, período en el cual no se presumen variaciones en el tipo de clientes. Bajo la argumentación del recurrente, si los consumidores tuvieran poder de compra, no se hubieran presentado alzas de precios.

5.1.2. Control oficial de los gases medicinales por ser medicamentos

El Despacho discrepa de la argumentación de las intervinientes en el sentido que la posibilidad de que los productores incurran en prácticas abusivas dentro del mercado son poco probables por los estrictos niveles de control, dado que bajo la normatividad actual, si bien, las empresas están en la obligación de informar los precios a la Comisión Nacional de Medicamentos, éstos siguen siendo fijados por el productor, quien es el que determina su valor.

Tal como se indicó en la Resolución recurrida, con independencia de la existencia de regulación o del sistema de tarifas, el reforzamiento de la posición que ostentan las intervinientes, como consecuencia de la operación, junto con las demás variables analizadas, es lo que brinda la posibilidad de determinar las condiciones en el mercado. Así mismo, el precio es el instrumento que oferentes y demandantes tienen bajo una situación de libre competencia, para establecer un intercambio, pero que se ve distorsionado si solo un agente en el mercado puede influenciar sobre él, con independencia de los demás agentes en el mercado.

Por lo expuesto, el Despacho discrepa del argumento del recurrente y manifiesta que las empresas Aga Fano y Cryogas tendrían la posibilidad de influenciar las condiciones en el mercado como resultado de la operación.

5.3. Las PSA y VPSA son sustitutos y representan una competencia real para las intervinientes.

Respecto de la sustituibilidad entre los diversos sistemas de producción de gases, debe reiterarse que las plantas PSA sí fueron tenidas en cuenta para efectos del cálculo de participación en el mercado y la contestabilidad del mismo. Sin embargo, luego del análisis del volumen de producción y ventas de las principales empresas que poseen plantas PSA, se determinó que su participación es inferior al 1%, con lo cual la capacidad de reacción de estos competidores se encuentra significativamente reducida.

De otra parte, tal como se señaló en el numeral 4.6.4. de la Resolución que se recurre, la capacidad conjuntamente considerada de los principales proveedores de plantas PSA, abastece solamente el 28% del volumen total mínimo requerido por las clínicas y hospitales que poseen plantas PSA. Así las cosas, aun cuando el volumen de producción de algunas de estas plantas sea alto, la oferta suministrada por las plantas PSA no lo es, lo que disminuye las posibilidades de contestabilidad en el mercado por esta vía.

Ahora bien, la sustituibilidad proveniente de las plantas VPSA, se da solamente para la producción de Nitrógeno.² No obstante, tal y como se encuentra demostrado en el expediente, su instalación no es rentable,³ por lo cual este sistema no representa una posibilidad real para los clientes industriales.

En conclusión, esta Superintendencia comprobó que existen otros métodos alternos de producción de gases, pero dada la estructura del mercado analizado se determinó que no son una alternativa real para contrarrestar una posible acción de la empresa controlante, dada su poca influencia en el mercado y por no ser un método alternativo para todos los mercados de producto que fueron analizados en la Resolución que se recurre.

5.4. Otras precisiones

5.4.1. Exclusividad de las redes entregadas en comodato a los clientes

Respecto del argumento de las recurrentes sobre la no existencia de una barrera a la entrada por cuenta de la exclusividad en las redes entregadas en comodato a los clientes, cabe señalar que las intervinientes han expresado que las plantas PSA son una alternativa viable y real para los métodos criogénicos y que ejercen una presión competitiva. Sin embargo, tal sustitución parece no ser tan clara cuando se argumentan razones de seguridad para no permitir el acceso de tales proveedores a las redes ya instaladas en el

² Radicación 06110720-0, folio 22.

³ Sobre el punto, las intervinientes en la operación señalaron: " En el evento de que la SIC aprueba la integración, LINDE obtendría una participación del mercado equivalente al [REDACTED] en relación con el nitrógeno industrial. No obstante, debe recalcar que las ventas de este producto, durante el año 2005, en el caso de AGA, ascendieron a COP \$ [REDACTED], quien es atendido a través del sistema tonnage, dado el gran volumen demandado de manera continua por el mismo." (subrayado fuera del texto original). Radicación 06110720 obrante a folio 54. Por su parte, Propilco manifestó que no es rentable la instalación de dicho sistema. Expediente Radicación 06110720-30.

cliente. Es decir, admiten que son una fuente alternativa de competencia, pero luego niegan que tal sustitución se dé en términos de calidad de los productos suministrados.

Tal como se manifestó en la providencia impugnada, este tipo de cláusulas obligaría al cliente que desee obtener una fuente alternativa o distinta a la de las empresas intervinientes en la operación, a incurrir en costos adicionales al montar una nueva red. Tal como se mostró con suficiencia en la Resolución recurrida, el desplazamiento del cliente hacia otro proveedor no es rentable ni se podría realizar en corto tiempo.

Indica el recurrente que el cliente puede cambiar de proveedor en cualquier momento y que la exclusividad se limita al uso de los equipos. Sin embargo, los proveedores de gas en cilindros se verían reducidos sustancialmente a raíz de la operación, dado que solamente existen tres proveedores a nivel nacional, por lo cual la posibilidad real de buscar otro proveedor en cilindros se encuentra bastante disminuida.

En suma, las cláusulas de exclusividad establecidas en los contratos de comodato constituyen una barrera a la entrada. Pero aún si aceptáramos en gracia de discusión que no lo son, no podemos afirmar, que es lo relevante, que no existen barreras a la entrada.

5.4.2. Producción de O2 gaseoso por parte de Cryogas

Respecto del presunto error en que incurre la Superintendencia al no relacionar las cifras de oxígeno medicinal gaseoso de Cryogas, se resalta que lo que se advirtió en el pie de página N° 19 de la Resolución que se recurre, es que Cryogas no reportó cifras de oxígeno gaseoso, información que se obtuvo de los archivos en excel suministrados por las empresas, en los cuales en la plantas de Barbosa y Sibaté de Cryogas, solo aparece registrado LOX (Oxígeno líquido).

De cualquier manera, si existe un mayor nivel de producción para Cryogas, el análisis realizado no se desvirtúa; por el contrario, se vería reforzada la cuota de participación de las intervinientes en la operación, lo cual refuerza las conclusiones a que se llegó en la Resolución impugnada.

5.5. **Condicionamientos**

En relación a los condicionamientos de tipo estructural planteados, cabe señalar, en primer lugar, que el mercado relevante geográfico definido tanto por las intervinientes como por esta Entidad, es el territorio nacional, razón por la cual las zonas donde se produciría una afectación de las condiciones de competencia no son solamente las ciudades donde las intervinientes tienen plantas de manera simultánea. Así las cosas, no es de recibo el argumento de que en las zonas diferentes a Bogotá, no se alteren las condiciones de competencia.



4

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Finalmente en lo que atañe al condicionamiento de comportamiento presentado por las empresas, consistente en la supresión de las cláusulas de exclusividad, se reitera que este tipo de cláusulas constituye solamente una de las barreras a la entrada que fueron analizadas en la Resolución recurrida, razón por la cual su supresión no eliminaría las demás barreras a la entrada, como fueron la inversión inicial requerida, redes de distribución y capacidad ociosa.

Por todo lo expuesto, se pone de manifiesto que (i) dada la estructura el mercado antes y después de la integración, inclusive con aplicación de los condicionamientos estructurales planteados por las recurrentes, la operación tendría el efecto de reducir la competencia efectiva, (ii) se reduciría la contestabilidad del mercado, dado el peso bastante reducido de los competidores, con lo cual se verían reducidas las posibilidades de los consumidores en cuanto a variedad, calidad y precio, es decir que el beneficio de la enajenación planteada no se vería reflejado en el consumidor final.

5.6. Pruebas

El apoderado de las recurrentes indica que para aclarar las imprecisiones de que adolece el acto administrativo objeto de estudio, solicita a esta Superintendencia se *"decreten y practiquen las pruebas y testimonios consignados en el acápite No 13 de la solicitud de integración"*.

⁴ Cuota de participación en el gas argón, bajo el supuesto de la venta de la planta de Aga Fano. En el caso del Nitrógeno y el oxígeno el aumento de la participación de Oxicol en la producción de estos gases, con la compra de la planta de Aga Fano o la de Cryogas sería en promedio del 27%.

Al respecto el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo, al referirse a la práctica de pruebas en la vía gubernativa, consagra que *“Los recursos de reposición y de apelación siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponer este último se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio.”*

Así mismo, el Honorable Consejo de Estado, en sentencia de fecha 11 de marzo de 1999, al referirse al tema de la práctica de pruebas en el recurso de reposición señaló:

“La doctrina considera que si bien es cierto para resolver el recurso de reposición la ley no previó periodo probatorio alguno, ello no significa que no puedan tenerse en cuenta las pruebas que el recurrente presente y adjunte con el escrito de sustentación, ya que tomar una decisión de plano no significa que en su motivación esté ausente la valoración de las pruebas. Además, nada obsta que el funcionario competente para decidirlo, para analizar la transparencia de su actuación, la imparcialidad y el derecho de defensa, decrete de oficio las pruebas que se le han solicitado en el recurso de reposición, o las que considere pertinentes, en especial aquellos documentos relacionados con la misma actuación o con otras que tengan el mismo efecto y que, por lo tanto, deberán formar parte del mismo expediente...”

No obstante lo anterior, se aclara que la presente decisión junto con el acto recurrido se fundamentaron en los documentos que se aportaron con la solicitud de integración y en las respuestas a los requerimientos formulados, que fueron valorados para efectos de tomar las decisiones pertinentes y que a su vez dieron certeza de los hechos que con los testimonios y oficios se pretende probar.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la resolución No. 7805 del 22 de marzo de 2007, por medio de la cual se objetó la operación de integración proyecta por las empresas LINDE AG y THE BOC GROUP PLC.

ARTICULO SEGUNDO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al doctor Gabriel Ibarra Pardo, apoderado de las compañías LINDE AG y THE BOC GROUP PLC, o a quien haga sus veces, entregándole copia de la misma e informándoles que contra la presente no procede ningún recurso, quedando agotada la vía gubernativa en los términos previstos por el artículo 63 del Código Contencioso Administrativo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C. a los **25 MAYO 2007**

El Superintendente de Industria y Comercio,

JAIRO RUBIO ESCOBAR



Notificación:

Doctor
GABRIEL IBARRA PARDO
CC N° 3.181.411
Apoderado
LINDE AG
THE BOC GROUP PLC
Fax 6 21 49 92
Cra 11 N° 82-01 oficina 902
Bogotá, D.C.