



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **№ 59914** DE 2018

21 AGO 2018

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. 17-432369

VERSIÓN ÚNICA

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, y en especial las previstas en la Ley 155 de 1959, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, mediante comunicación radicada con el No. 17-432369 del 29 de diciembre de 2017¹, **PRAXAIR GASES INDUSTRIALES LTDA., LÍQUIDO CARBÓNICO COLOMBIANA S.A. y OXÍGENOS DE COLOMBIA LTDA.** (en adelante y de manera conjunta, **PRAXAIR**) y **LINDE COLOMBIA S.A.** (en adelante, **LINDE**), informaron a esta Entidad la intención de realizar una operación de integración, mediante la figura jurídica de fusión accionaria. En la solicitud de pre – evaluación, **PRAXAIR** y **LINDE** (en adelante y de manera conjunta las **INTERVINIENTES**), propusieron la desinversión de todos los activos de **LINDE** en Colombia a excepción de aquellos ubicados en Cartagena.

SEGUNDO: Que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2.5.4. de la Resolución No. 10930 de 2015, esta Superintendencia convocó a una reunión con las **INTERVINIENTES**, con el fin de informarles sobre los posibles efectos anticompetitivos de la integración proyectada, encontrados de forma preliminar. Dicha reunión se llevó a cabo el 25 de junio de 2018.

TERCERO: Que mediante comunicación radicada con el número 17-432369-333 del 25 de junio de 2018² y alcance radicado con el número 17-432369-339 del 28 de junio de 2018³, las **INTERVINIENTES** presentaron para consideración del Despacho una propuesta de condicionamiento que a su juicio permitiría mitigar las preocupaciones que surgen frente a los posibles efectos restrictivos generados a raíz de la operación proyectada. Dicha propuesta de condicionamiento incluía la desinversión total de todos los activos propiedad de **LINDE** en Colombia.

CUARTO: Que mediante Resolución No. 46293 del 4 de julio de 2018, la Superintendencia de Industria y Comercio autorizó con condicionamientos la operación de integración propuesta entre las **INTERVINIENTES**. A continuación, se presentan los argumentos que llevaron a la Superintendencia de Industria y Comercio a condicionar dicha operación:

En primer lugar, esta Entidad encontró que la operación proyectada entre las **INTERVINIENTES** daría lugar a una integración de tipo horizontal en siete (7) mercados de producción y distribución gases medicinales y nueve (9) mercados de producción y distribución de gases industriales a nivel nacional.

En segundo lugar, la Superintendencia de Industria y Comercio encontró que, de llevarse a cabo la operación presentada sin ningún tipo de desinversión, la cuota de mercado del ente integrado

¹ Folios 1 a 37 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

² Folios 1477 a 1487 del Cuaderno Reservado No. 2 de Intervinientes del Expediente.

³ Folios 1499 a 1524 del Cuaderno Reservado No. 2 de Intervinientes del Expediente.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 17-334018

aumentaría significativamente, profundizando de forma sustancial la diferencia entre el agente integrado y sus competidores en 15 de los 16 mercados relevantes afectados.

Adicionalmente, resaltó que, aún en el caso de aceptar las desinversiones inicialmente propuestas, en tres (3) mercados relevantes (Oxígeno de uso industrial, Argón de uso industrial y Nitrógeno de uso industrial) existirían cambios significativos en las cuotas de participación y en su estructura, con los cuales el agente integrado profundizaría su liderazgo.

Finalmente, concluyó que en los mercados relevantes afectados existían tres (3) barreras de entrada significativas, derivadas de: (i) costos y tiempo de montaje de las plantas productoras de gases; (ii) existencia de un gran número de estaciones de llenado y puntos de distribución de las **INTERVINIENTES**, vitales para realizar una distribución eficiente en el territorio nacional; y (iii) existencia de contratos de comodato que restringen la demanda en el corto plazo.

Por las razones señaladas anteriormente, la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que la operación entre las **INTERVINIENTES** debía ser autorizada de forma condicionada.

QUINTO: Que el 19 de julio de 2018, mediante radicado No. 17-432369-353⁴, las **INTERVINIENTES** presentaron recurso de reposición contra la Resolución No. 46293 de 2018. Los principales argumentos presentados son los siguientes:

Sobre la estructura de la transferencia de control efectivo al comprador de los activos a desinvertir, las **INTERVINIENTES** señalaron que de la definición del **ADMINISTRADOR TRANSITORIO DE LOS ACTIVOS DE LINDE** se deduce que la transferencia del control de los **ACTIVOS DE LINDE** al **TERCERO ADQUIRENTE DE LOS ACTIVOS DE LINDE** está supeditada a la autorización correspondiente por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, pues solo a partir de la misma se podrá transferir de manera definitiva e irrevocable la propiedad sobre dichos activos. Al respecto, ponen de presente que el trámite ante dicha autoridad versa únicamente sobre un cambio en la titularidad de las acciones con lo cual cualquier cambio, diferente al cambio sobre la propiedad, puede realizarse antes de que la aprobación sea obtenida.

Por lo anterior, las **INTERVINIENTES** manifestaron que, una vez se concluya o se pacte la venta final con el **TERCERO ADQUIRENTE DE LOS ACTIVOS DE LINDE**, es conveniente para el mercado que el **ADMINISTRADOR TRANSITORIO DE LOS ACTIVOS DE LINDE** pueda transferir el control de los **ACTIVOS DE LINDE**, así no se transfiera la titularidad de las acciones, transacción que debe realizarse posterior a la aprobación por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

Frente a los requisitos exigidos al **ADMINISTRADOR TRANSITORIO DE LOS ACTIVOS DE LINDE**, resaltaron que tal como lo presentaron mediante memorial radicado el 25 de junio de 2018 ante esta Superintendencia, las **INTERVINIENTES** pretenden transferir todos los derechos económicos y políticos del negocio mediante un mandato irrevocable a **GRANT THORNTON INTERNATIONAL LTD.** (en adelante, **GRANT THORNTON**). Señalaron que dicha empresa actuará de forma totalmente independiente de las partes y asegurará que el negocio continúe operando normalmente y se mantenga viable y competitivo hasta que el comprador final sea elegido. Agregaron que **GRANT THORNTON** contará con acceso al conocimiento y experiencia necesaria para mantener los activos toda vez que el personal que actualmente los administra permanecerá. Sin embargo, también indicaron que **GRANT THORNTON**, en su calidad de compañía de auditoría y consultoría, no cuenta con una capacidad financiera ni capital semejante al que tendrá el **TERCERO ADQUIRENTE DE LOS ACTIVOS DE LINDE**, pues no se dedica a operar de forma permanente este tipo de activos.

Finalmente, resaltaron que los **ACTIVOS DE LINDE** harán parte de un paquete de venta regional que incluye varios países en América, de tal suerte que el negocio en Colombia no estará aislado, sino que contará con todo el personal local y regional para continuar operando normalmente. En este orden de ideas, afirmaron que la capacidad financiera no será un impedimento para asegurar la preservación del negocio hasta que el control sea transferido al **TERCERO ADQUIRENTE DE LOS ACTIVOS DE LINDE**.

Por lo anterior, las **INTERVINIENTES** solicitaron:

⁴ Recurso de reposición, folios 1599 al 1602 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

Rad. No. 17-334018

- Modificar la definición de **ADMINISTRADOR TRANSITORIO DE LOS ACTIVOS DE LINDE** contenida en el numeral 10.1. del artículo décimo, en el sentido de indicar que este administrador ejercerá el control a través de un mandato irrevocable sobre los derechos económicos y políticos sobre los activos, hasta que dicho control sea transferido al tercero adquirente de los activos de **LINDE**.
- Modificar el inciso sexto del numeral 10.2.1.1. del artículo décimo en el sentido de indicar que el **ADMINISTRADOR TRANSITORIO DE LOS ACTIVOS DE LINDE** ejercerá el control a través de un mandato irrevocable sobre los derechos económicos y políticos sobre los activos, hasta que dicho control sea transferido al tercero adquirente de los activos de **LINDE**.
- Modificar el numeral 10.2.1.2. del artículo décimo para que se permita que el **ADMINISTRADOR TRANSITORIO DE LOS ACTIVOS DE LINDE** pueda ejercer sus funciones sin que se exija el cumplimiento de contar con el capital requerido para el tercero adquirente de los activos de **LINDE**.

SEXTO: Que estando dentro del término previsto en el artículo 86 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, este Despacho procede a resolver el recurso interpuesto por las **INTERVINIENTES**, pronunciándose en primer lugar sobre la definición del **ADMINISTRADOR TRANSITORIO DE LOS ACTIVOS DE LINDE** y la estructura de transferencia de control efectivo al **TERCERO ADQUIRENTE DE LOS ACTIVOS DE LINDE**, y en segundo lugar, sobre los requisitos exigidos **ADMINISTRADOR TRANSITORIO DE LOS ACTIVOS DE LINDE**.

6.1. Sobre la definición del **ADMINISTRADOR TRANSITORIO DE LOS ACTIVOS DE LINDE**

De acuerdo con las **INTERVINIENTES**, la definición realizada por la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el **ADMINISTRADOR TRANSITORIO DE LOS ACTIVOS DE LINDE**, y por ende, la estructura de transferencia de control efectivo al **TERCERO ADQUIRENTE DE LOS ACTIVOS DE LINDE**, no permiten que el control efectivo sea transferido al **TERCERO ADQUIRENTE DE LOS ACTIVOS DE LINDE** sin que se haya recibido la autorización de la Superintendencia Nacional de Salud para transferir la titularidad de dichos activos.

Teniendo en cuenta que el objetivo del condicionamiento es que el **TERCERO ADQUIRENTE DE LOS ACTIVOS DE LINDE** compita efectivamente en el mercado, este Despacho considera pertinente modificar la definición del **ADMINISTRADOR TRANSITORIO DE LOS ACTIVOS DE LINDE** con el fin de permitir que el mismo transfiera el **CONTROL** de los **ACTIVOS DE LINDE** al **TERCERO ADQUIRENTE** una vez se concluya la venta final de estos.

En todo caso, una vez el **TERCERO ADQUIRENTE DE LOS ACTIVOS DE LINDE** sea elegido, y las autorizaciones de la Superintendencia Nacional de Salud y de la Superintendencia de Industria y Comercio (en caso que sea necesaria) sean otorgadas, se deberá transferir de manera definitiva e irrevocable los **ACTIVOS DE LINDE** al **TERCERO ADQUIRENTE DE LOS ACTIVOS DE LINDE**, sin que estos sean devueltos a los accionistas de **LINDE**.

6.2. Sobre los requisitos exigidos al **ADMINISTRADOR TRANSITORIO DE LOS ACTIVOS DE LINDE**

Las **INTERVINIENTES** solicitaron a esta Superintendencia eliminar el requisito exigido al **ADMINISTRADOR TRANSITORIO DE LOS ACTIVOS DE LINDE** de contar con el capital suficiente para el correcto desarrollo y administración de las actividades relacionadas con los **ACTIVOS DE LINDE**. Lo anterior, por cuanto no contar con capacidad financiera suficiente no será impedimento alguno para el adecuado funcionamiento y preservación del negocio, toda vez que: (i) la compañía contará con acceso al conocimiento y la experiencia necesarias pues el personal que actualmente administra los activos permanecerá; y (ii) los **ACTIVOS DE LINDE** hacen parte de un paquete regional con lo cual el negocio en Colombia no estará aislado y contará con todo el personal tanto local como regional para continuar operando normalmente. Con lo anterior, los **ACTIVOS DE LINDE** no requerirían de una inyección de capital para el mantenimiento de su operación.

Rad. No. 17-334018

Sobre el particular, el Despacho considera pertinente indicar que el objetivo de la imposición de condiciones y requisitos al **ADMINISTRADOR TRANSITORIO DE LOS ACTIVOS DE LINDE** consiste en que la administración de los **ACTIVOS DE LINDE** sea adecuada y que se preserve el valor de los mismos mientras su control se transfiere al **TERCERO ADQUIRENTE DE LOS ACTIVOS DE LINDE**. En este sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio entiende que no es posible exigirle experiencia y conocimiento del mercado pues, como lo indican las **INTERVINIENTES**, este agente no tiene vocación de permanencia en el mercado relevante. Sin embargo, sí considera que debe tener capacidad financiera que, ante posibles contingencias en la operación de los **ACTIVOS DE LINDE**, le permita mantener la competitividad del negocio.

SÉPTIMO: Que por las razones anteriormente expuestas, la Superintendencia de Industria y Comercio procede a modificar el condicionamiento impuesto en la Resolución No. 46293 del 4 de julio de 2018, con el fin de que cumpla con el objetivo de mitigar las potenciales restricciones indebidas de la competencia que se derivarían de la operación objeto de estudio.

En mérito de lo anterior, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR la definición de **ADMINISTRADOR TRANSITORIO DE LOS ACTIVOS DE LINDE** contenida en el numeral 10.1. del artículo décimo de la Resolución No. 46293 del 4 de julio de 2018, la cual quedará así:

“DÉCIMO: (...)

10.1. DEFINICIONES

(...)

ADMINISTRADOR TRANSITORIO DE LOS ACTIVOS DE LINDE: *persona jurídica que, en cumplimiento de las condiciones establecidas en el presente acto administrativo, se le transferirán mediante un mandato irrevocable todos los derechos políticos y económicos de los **ACTIVOS DE LINDE** de manera transitoria, sobre los cuales ejercerá control hasta que dicho **CONTROL** sea transferido de manera definitiva al **TERCERO ADQUIRENTE DE LOS ACTIVOS DE LINDE**.*

(...”).

ARTÍCULO SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 10.2.1.1. del artículo décimo de la Resolución No. 46293 del 4 de julio de 2018, el cual quedará así:

“DÉCIMO: (...)

10.2.1.1. REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR EL TERCERO ADQUIRENTE DE LOS ACTIVOS DE LINDE

(...)

*No obstante lo anterior y dado que la **ENAJENACIÓN DE LOS ACTIVOS DE LINDE** deberá contar con autorización por parte de la Superintendencia Nacional de Salud y eventualmente de esta Superintendencia si dicha operación es sujeto de control de integraciones, se permitirá que las **INTERVINIENTES** den cumplimiento al presente condicionamiento mediante la transferencia de todos los derechos políticos y económicos de los **ACTIVOS DE LINDE**, mediante un mandato irrevocable y de manera transitoria, al **ADMINISTRADOR TRANSITORIO DE LOS ACTIVOS DE LINDE**, quien ejercerá **CONTROL** sobre dichos activos hasta que dicho **CONTROL** sea transferido de manera definitiva al **TERCERO ADQUIRENTE DE LOS ACTIVOS DE LINDE**.*

*Una vez el **TERCERO ADQUIRENTE DE LOS ACTIVOS DE LINDE** sea elegido, y las autorizaciones de la Superintendencia Nacional de Salud y de la Superintendencia de Industria y Comercio (en caso que sea necesaria) sean otorgadas, se deberá transferir de manera definitiva e irrevocable los **ACTIVOS DE LINDE** al **TERCERO ADQUIRENTE DE LOS ACTIVOS DE LINDE**, sin que estos sean devueltos a los accionistas de **LINDE**.*

59914

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 17-334018

(...):

ARTÍCULO TERCERO: CONFIRMAR en sus partes restantes la Resolución No. 46293 del 4 de julio de 2018.

ARTÍCULO CUARTO: ACEPTAR la renuncia al poder otorgado a Emilio José Archila Peñalosa por parte de **PRAXAIR GASES INDUSTRIALES LTDA., LÍQUIDO CARBÓNICO COLOMBIANA S.A. y OXÍGENOS DE COLOMBIA LTDA.**, y reconocer personería jurídica a **ARCHILA ABOGADOS LTDA.** identificada con NIT. 830027520-7 para actuar como apoderado especial de **PRAXAIR GASES INDUSTRIALES LTDA., LÍQUIDO CARBÓNICO COLOMBIANA S.A. y OXÍGENOS DE COLOMBIA LTDA.** en la presente actuación administrativa.

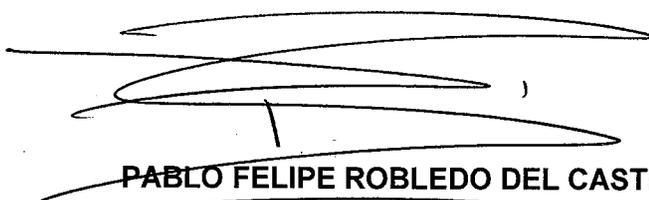
ARTÍCULO QUINTO: NOTIFICAR personalmente el contenido del presente acto administrativo a **PRAXAIR GASES INDUSTRIALES LTDA., LÍQUIDO CARBÓNICO COLOMBIANA S.A. y LINDE COLOMBIA S.A.**, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

ARTÍCULO SEXTO: ORDENAR a la Oficina Asesora de Tecnología e Informática de la Superintendencia de Industria y Comercio que, una vez en firme el presente acto administrativo, publique en la Página Web de esta Superintendencia la versión pública de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 019 de 2012.

NOTIFÍQUESE COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los

21 AGO 2018

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO
PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Elaboró: A. García, C. Liévano
Revisó: F. García
Aprobó: F. García

NOTIFICAR:**LINDE COLOMBIA S.A.**

NIT. 860005114-4

Apoderado

Doctor:

ALEJANDRO GARCÍA DE BRIGARD

C.C. 79.946.984 de Bogotá

T.P. 148.332 del C. S. de la J.

Calle 70A #4 – 41

Bogotá D.C.

PRAXAIR GASES INDUSTRIALES LTDA.

NIT. 900239671-4

LÍQUIDO CARBÓNICO COLOMBIANA S.A.

NIT. 860008812-0

OXÍGENOS DE COLOMBIA LTDA.

NIT. 860040094-3

Apoderado

ARCHILA ABOGADOS LTDA.

NIT. 830027520-7

Calle 90 #19 – 41, Oficina 301

Bogotá D.C.