

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 41412 DE
2018 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO**

***Caso Bureau Veritas
Prohibición general en contratación pública***

Investigados:

Bureau Veritas y Tecnicontrol

Análisis del CEDEC Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., junio de 2020

ÍNDICE

ÍNDICE	2
1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. CONDUCTAS IMPUTADAS.....	3
3. CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA.....	3
4. CONSIDERACIONES DE LA SUPERINTENDENCIA	4
5. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA.....	7
6. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES.....	7

RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 41412 DE 2018 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Caso Bureau Veritas

Colusión en contratación pública

Investigados:

Bureau Veritas y Tecnicontrol

1. Introducción

La conducta que se tratará en esta resolución hace referencia a la existencia de una práctica, procedimiento o sistema tendiente a afectar la libre competencia dentro del proceso de selección pública No 50025407 adelantado por ECOPETROL.

2. Conductas imputadas

De acuerdo con la Resolución 47612 del 26 de julio de 2013, mediante la cual se abrió investigación en contra de las sociedades investigadas, así como de sus representantes legales, tiene como fin determinar si actuaron en contra de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959, esto es, como lo señala la Superintendencia, entendido en un sentido general del régimen de protección de la competencia, cuando cualquier práctica, procedimiento o sistema restringe la libre competencia.

3. Consideraciones de la Delegatura

Culminada la etapa probatoria, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia elaboró el Informe Motivado de la correspondiente actuación, en el cual presentó el resultado de las investigaciones y señaló que de acuerdo con el acervo probatorio se podía concluir que las empresas investigadas (BUREAU VERITAS y TECNICONTROL), efectivamente hacen parte de BUREAU INTERNACIONAL. De esta

manera, gestaron falsear la competencia, simulando ser competidores cuando en realidad ambas empresas obedecen a una misma matriz, además, las sociedades adquirentes de TECNICONTROL pactaron cláusula de no competencia y generaron menores oportunidades a los demás proponentes que actuaban de forma legal y buscaban la adjudicación del contrato por lo demás es posible indicar que el Estado recibió un deterioro en razón a la pérdida de la posibilidad de obtener un mejor oferente y en ese sentido recuperar parte del presupuesto público.

4. Consideraciones de la Superintendencia

4.1. El primer análisis que realizó la Superintendencia consistió en resolver la posibilidad de que a ECOPETROL se le aplican las normas de contratación pública, y la respuesta a ese cuestionamiento fue afirmativa, toda vez que La Corte Constitucional¹ resuelve la situación al indicar que todos los actos de ECOPETROL deben someterse a los principios de la función administrativa, adicionalmente el alto tribunal ha señalado que al momento de determinar el régimen jurídico aplicable a los contratos suscritos por ECOPETROL, es preciso tener presente que sus actos jurídicos son regulados por el Derecho Privado en razón a lo establecido por la ley 1118 de 2006, toda vez que el legislador buscó flexibilizar y hacer esta compañía más competitiva a nivel nacional e internacional pero también le son aplicables normas estatales, en la medida que la entidad conserva naturaleza pública y conlleva en su actuar el interés público².

Así las cosas, es menester a la autoridad remitirse a normas de contratación estatal para analizar el sentido y alcance de la conducta administrativa, entendiendo que a los procesos de selección contractual adelantados dentro de ECOPETROL le son aplicables los principios de contratación estatal tales como, transparencia, igualdad y pluralidad de proponentes.

4.2. Los comportamientos de los proponentes encaminados a simular autonomía, individualidad y real competencia en el marco de los procesos de contratación estatal, para incrementar las probabilidades de resultar adjudicatarios constituyen una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia económica. Lo anterior, debido a que un comportamiento de esa naturaleza resulta idóneo para impedir la materialización de condiciones de igualdad de oportunidades entre los demás proponentes que tomen parte del proceso.

¹ Corte Constitucional Sentencia C-722 de 2007.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 13 de julio de 2016.

4.3. Frente los argumentos de la defensa de los investigados pero la entidad si considera que ambas conductas tienen características similares, en la medida en que tienen lugar en el marco de procesos de contratación y se sustentan en actuaciones coordinadas de proponentes y generan o podrían generar efectos equivalentes o idénticos. En efecto, conllevan a alteraciones del proceso de adjudicación y limitaciones para los demás participantes, los pronunciamientos y análisis antes citados lo corroboran.

4.6. Respecto al control común y la coordinación entre BUREAU VERITAS y TECNICONTRON, la Superintendencia afirmó que existió una operación de integración reportada ante la misma entidad, de igual manera, se encuentra probado por medio de diversas declaraciones que el representante legal de BUREAU VERITAS ejerció un papel determinante en las decisiones de TECNICONTRON. Además, respecto a la coordinación existente la actuación de los investigados, en lo referente a la participación en procesos de selección contractual era coordinada, cooperativa y conjunta, dirigida desde los propios representantes de las compañías.

En efecto se constató la existencia de correos electrónicos enviados entre los trabajadores de ambas empresas, acordando precios que se formularían en las ofertas para incrementar la probabilidad de que alguna empresa resultara adjudicataria, así las cosas, TECNICONTRON reveló su propuesta a su supuesto competidor y así BUREAU VERITAS presentaba precios más altos para afectar la media escogida como instrumento de selección.

Sumado a lo anterior, los directivos de las organizaciones y sus empleados consideraban que las dos empresas pertenecían a una misma compañía y debían afianzar, concretar y cumplir una directriz de unificación de labores de cara a los procesos de contratación pública, que avalaban y conocían los representantes legales.

De la misma manera, existe evidencia que expone que el representante legal de BUREAU VERITAS le solicita al gerente de propuestas de TECNICONTRON revisar juntos determinadas propuestas en un proceso de selección.

Igualmente, la encargada de revisar la apertura de dos procesos en los que las empresas investigadas podrían participar como competidores, es decir, desde la búsqueda de concursos, existía una coordinación y decisiones unificadas circunstancia injustificable para empresas postuladas como supuestas competidoras. Al igual que TECNICONTRON de manera centralizada conseguía y

tramitaba los requisitos habilitantes de BUREAU VERITAS en procesos de selección contractual.

Adicional a lo anterior, se evidenció que la estructuración técnica de las propuestas se realizaba de manera coordinada y colaborativa a través de reuniones periódicas, intercambios de información y unificación de trámites, de hecho, se evidencia en un correo electrónico que TECNICONTRON, advirtió algunos defectos de la propuesta de BUREAU VERITAS que debían ser corregidos. Además, existieron comunicaciones que aseguran que no importaba sacrificar a TECNICONTRON para que la otra empresa resultara adjudicataria.

En definitiva, la evidencia da cuenta de una estrategia consistente en presentar 2 propuestas para defraudar las reglas del proceso y tener más posibilidades de ganar, o manipular las ofertas con el fin de que alguna de las pertenecientes al grupo dispuesto bajo control competitivo gane una de las ofertas, como sucedió con el caso objeto de estudio. Y que el comentado código ético estipulado dentro de esa organización no logró su cometido en la práctica.

4.7. Respecto al comportamiento coordinado entre los investigados en el proceso de selección 50025407 de ECOPEPETROL se evidenció una estrategia para anclar la media para aumentar la probabilidad de adjudicación para los investigados: de hecho, presentaron una oferta muy cerca una de la otra para incrementar la probabilidad que la media geométrica de todas las que se presentaran resultara en un punto cercano entre sí en un rango óptimo que pudieron determinar debido a su conocimiento en el mercado y su experiencia en ese tipo de concursos.

En relación con el primero, las investigadas la conducta es idónea para incrementar la probabilidad de que la media se presente en un proceso de selección y cualquier valor medio de esa muestra, termine ubicada en un punto cercano en el que los agentes que se valen de esa estrategia ubiquen sus propuestas. Pues se genera como efecto la atracción del valor medio de acuerdo con el rango en el que se hubieran ubicado las propuestas cercanas. En ese sentido, al hallar el punto medio de referencia a la media geométrica es necesario tener en cuenta cada elemento del conjunto, su resultado dependerá del valor de la observación y su posición dentro de toda la muestra.

Como resultado, los investigados determinaron en qué punto se ubicarían para establecer las propuestas similares, para lo cual aplicaron el siguiente análisis. Primero, considerando la amplia experiencia en la participación en concursos de ese tipo y así utilizaron sus conocimientos para reducir la incertidumbre referida

respecto a la propuesta de los otros participantes, así podía con una base razonable de aproximación establecer el número total de proponente que cumplirían las condiciones para ofertar, además en razón a que ECOPEPETROL determinó el valor de un conjunto considerable de costos asociados a la actividad objeto del contrato, permiten concluir que BUREAU VERITAS y TECNICOLOR tenían la capacidad de establecer el rango de las ofertas de los demás proponentes.

La coordinación incluso se gestó luego de los informes de evaluación presentados puesto que es la única explicación racional para que se hubieran adelantado todas las gestiones necesarias para que su oferta fuera habilitada nuevamente a pesar de que debido a inexistencia de incertidumbre tenía pleno conocimiento de que su probabilidad de obtener la adjudicación correspondiente era nula, pues sus aspectos técnicos tuvieron 30 puntos menos que los demás proponentes margen insuperable en el contexto del proceso.

5. Decisión de la Superintendencia

De acuerdo con lo establecido anteriormente, la SIC en el presente caso impuso una sanción administrativa a las investigadas, al decidir que:

*“ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que las sociedades **BUREAU VERITAS COLOMBIA LTDA** y **TECNICONTROL SAS** infringieron lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.*

(...)

*ARTÍCULO TERCERO: Declarar que **RENATO MACEDO DE CATRIB FILHO** y **RENÉ OMAR PEDRAZA ACUÑA** quienes para la época de los hechos investigados; incurrieron en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.*

(...)”

6. Análisis y conclusiones

A través de esta resolución se pone de presente la situación problemática que ocurre cuando dos agentes económicos, se encuentran sometidos a un mismo control, sin embargo, dicha situación se encubre con el fin de falsear la libre de la competencia

simulando así ser competidores cuando en realidad pertenecen a una misma unidad de control. El problema surge debido a que la colusión en licitaciones obedece a un acuerdo y para su constitución se requieren dos voluntades, pero, en este caso solo existe el propósito de un solo controlante.

De igual manera, la Resolución determina cuales son las diferencias que existen entre el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 referente a colusión en licitaciones, y una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia tipificada en el artículo 1 de la ley 155 de 1959 en conductas realizadas en el marco de concursos contractuales.

En ese sentido, debe demostrarse en primera medida la restricción de la libre competencia económica ejecutada por las empresas, así las cosas, en el caso concreto se consideró que la estrategia anticompetitiva consistió en presentar sus ofertas muy cercanas para anclar la media geométrica al valor de estas y así poder ubicar estas en un rango óptimo que les permitiera obtener mayor probabilidad de adjudicación, siempre en cumplimiento del propósito de BUREAU VERITAS INTERNACIONAL. Lo cierto es que, este tipo de actuaciones llevan a que se limite la libre competencia económica pues imposibilitan la existencia de condiciones de igualdad de, transparencia y desconocen principios y fines del régimen de contratación pública que aplican incluso para sociedades de economía mixta.

No obstante, al concluirse que ambas empresas obedecían a una misma voluntad, no era posible enmarcarla bajo un acuerdo colusorio, por lo tanto, la aplicación de la prohibición general de la ley 155 de 1959 fue la herramienta utilizada por la Superintendencia para evaluar y sancionar este tipo de actuaciones restrictivas de la competencia. Incluso es importante precisar que de ninguna manera esta norma genera una inseguridad jurídica dado que debe analizarse bajo toda la normativa y el sistema al que pertenece el régimen general de competencia, de manera que está norma implica la interpretación sistemática y aplicado de manera congruente para aquellos comportamientos que no encuadran en las demás normas especiales del Derecho de la Competencia o que incluso tiene elementos similares a esas conductas pero que no cumplen del todo con los presupuestos estipulados en las conductas del Decreto 2153 de 1992.

De la misma manera, es importante recalcar que no es el carácter público o privado lo que convierte el comportamiento descrito como restrictivo de la competencia, la participación de agentes en procesos de selección que se hacen pasar por competidores independientes genera efectos nocivos en cualquier concurso, pues sus efectos de igual manera afectan la libre competencia económica, sin embargo, el reproche es mayor cuando se realiza ante concursos públicos así las cosas el reproche puede darse de igual

manera en procesos de selección de entidades mixtas como es el caso de ECOPETROL.

Proyectado por: Daniela Margarita Pérez Doria.