



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **69268** DE 2018

(18 SEP 2018)

Radicación: 13-198976

VERSIÓN ÚNICA

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

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

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 41412 del 14 de junio de 2018 (en adelante, Resolución Sancionatoria), la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones a **BUREAU VERITAS COLOMBIA LTDA.** (en adelante, **BUREAU VERITAS COLOMBIA**) y **TECNICONTROL S.A.S.** (en adelante, **TECNICONTROL**) por haber incurrido en un comportamiento violatorio del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

Así mismo, impuso sanciones a las siguientes personas naturales vinculadas con las empresas sancionadas, por incurrir en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar y/o tolerar la conducta anticompetitiva dispuesta en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general):

- **RENATO MACEDO DE CATRIB FILHO**, Representante Legal de **BUREAU VERITAS COLOMBIA**.
- **RENÉ OMAR PEDRAZA ACUÑA**, Representante Legal de **TECNICONTROL**.

De acuerdo con lo expuesto en la Resolución Sancionatoria respecto de la infracción artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que:

*"(...) está plenamente demostrada la existencia de un sistema tendiente a restringir la competencia creado y ejecutado por **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **TECNICONTROL**, que se materializó en el proceso de selección No. 50025407 adelantado por **ECOPETROL**, consistente en haberse presentado como supuestos competidores independientes y autónomos durante dicho proceso contractual, cuando en realidad obedecían a un mismo interés y su propósito era aumentar las probabilidades de beneficiar al grupo al que pertenecen, sistema que dio frutos para los investigados al terminar siendo adjudicado el contrato a una de las empresas del **GRUPO BUREAU VERITAS INTERNACIONAL**. En efecto, está plenamente probado en el expediente que:*

- ✓ **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **TECNICONTROL** hacían parte para el 2013 del **GRUPO BUREAU VERITAS INTERNACIONAL** y estaban sometidas a su control.
- ✓ Al menos durante todo 2013 **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **TECNICONTROL** coordinaron su comportamiento en los procesos de selección con el propósito expreso de aumentar las probabilidades de adjudicación a favor del grupo empresarial.

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

² Modificado por el Decreto 19 de 2012.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

VERSIÓN ÚNICA

- ✓ En el proceso de selección objeto de investigación tuvieron como estrategia manipular sus ofertas económicas para anclar la media.
- ✓ A pesar de que era evidente después del segundo informe de evaluación que **TECNICONTROL** no tenía probabilidad alguna de resultar adjudicataria, insistió en su habilitación, toda vez que era necesaria para que una de las empresas del grupo - **BUREAU VERITAS COLOMBIA**- resultada (sic) adjudicataria.
- ✓ Existen múltiples elementos materiales probatorios que dan cuenta del comportamiento conjunto y coordinado antes, durante y después del proceso de selección objeto de investigación.
- ✓ El sistema tendiente a limitar la libre competencia consistente en presentarse como competidores autónomos e independientes, cuando en realidad obedecían a un mismo interés y su propósito era aumentar las probabilidades de beneficiar al grupo fue exitosa, a tal punto que el contrato fue adjudicado por a **BUREAU VERITAS COLOMBIA**³.

En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso las siguientes sanciones pecuniarias a las personas jurídicas investigadas por infringir el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), así como a las personas naturales investigadas por incurrir en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, así:

PERSONAS JURÍDICAS		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	BUREAU VERITAS COLOMBIA	\$3.218.717.040.00
2	TECNICONTROL	\$10.156.146.000.00
PERSONAS NATURALES		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	RENATO MACEDO DE CATRIB FILHO	\$144.529.770.00
2	RENÉ ÓMAR PEDRAZA ACUÑA	\$195.310.500.00

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución Sancionatoria y dentro del término legal, las personas jurídicas y naturales sancionadas interpusieron recursos de reposición contra la Resolución Sancionatoria.

A continuación, se expondrán los diferentes argumentos planteados por cada uno de los recurrentes:

2.1. Argumentos comunes planteados por BUREAU VERITAS COLOMBIA, TECNICONTROL, RENATO MACEDO DE CATRIB FILHO y RENÉ ÓMAR PEDRAZA ACUÑA

- Para sancionar por la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 es necesario demostrar, adicional a la comprobación de la práctica, que la conducta imputada afecta la competencia o tiene la idoneidad para hacerlo. Sin embargo, de acuerdo con la Resolución Sancionatoria, lo anterior no es necesario, lo cual va en contravía de lo estipulado en la propia ley y en la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio.
- En el análisis de idoneidad, ausente en la Resolución Sancionatoria, debió hacerse un estudio sobre la definición, estructura y concentración del mercado relevante y, en particular, del poder de mercado de las sancionadas. Esto conllevaría la realización de detalladas y precisas mediciones econométricas que también brillan por su ausencia.
- El hecho de que la Superintendencia de Industria y Comercio haya relacionado la conducta investigada con una situación que se asemeja a una colusión en licitaciones públicas por acuerdo en el precio, no significa que la Autoridad se encuentre eximida de demostrar la idoneidad de la conducta.
- Para interpretar las normas legales sobre competencia es necesario tener presente el fundamento constitucional del régimen de competencia y las finalidades de la ley de competencia. En este sentido, si una conducta no afecta las finalidades de dicha ley y, por ende, el bien común, la misma no puede ser considerada como anticompetitiva.

³ Resolución 41412 de 2018, Págs. 46 y 47.

- Si en la aplicación del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que presume los acuerdos allí indicados como anticompetitivos, no se aplica la regla *per se* en los acuerdos que contienen restricciones de precios o de oferta, cuando los beneficios económicos para el mercado o para los consumidores sean superiores a los perjuicios para la competencia, con mayor razón, no se debe aplicar cuando se trata del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 donde no se establece ningún tipo de presunción.
- La aplicación de la regla *per se* resulta contraria a los principios plasmados en la Constitución Política de Colombia. Sobre esto, indican los sancionados que "*la Sentencia de 6 de agosto de 1993, C.P. Miguel González Rodríguez, Rad. 2412 señaló que los Actos Administrativos debían estar suficientemente motivados y dentro de su motivación no podían utilizarse las denominadas formulas (sic) comodín, como al parecer se vislumbra en el acto administrativo que es objeto del recurso*".
- Las normas de competencia no se pueden interpretar al tenor literal de su texto, pues ello llevaría al absurdo de que conductas que no afecten los propósitos de la ley de competencia deben considerarse anticompetitivas.
- No hay prueba en el Expediente que acredite que la conducta imputada afecta cualquiera de los propósitos de la ley de competencia, motivo por el cual no se puede argüir que la misma es violatoria del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.
- La participación de **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **TECNICONTROL** fue avalada por **ECOPETROL**, quien dio visto bueno a la participación de las empresas de forma simultánea en el proceso de selección. Desde el 2012, **TECNICONTROL** fue presentada como una empresa de **BUREAU VERITAS**. Esta información fue publicada en diferentes páginas web del grupo.
- El proceso de selección objeto de cuestionamiento hizo referencia a un solo contrato de servicios de HSE, entre las muchas operaciones que se realizan en el mercado de servicios de HSE.

2.2. Argumentos particulares planteados por BUREAU VERITAS COLOMBIA y RENATO MACEDO DE CATRIB FILHO

- No es cierto que la conducta haya impedido que la oferta elegida sea la que ofrezca las mejores condiciones para el Estado. Lo anterior, toda vez que **ECOPETROL** no buscó seleccionar la oferta más económica y no hay evidencia de que en el aspecto técnico, o en cualquier otro aspecto del proceso de selección, no se haya elegido la oferta que ofreció las mejores condiciones.
- El mecanismo de adjudicación tenía los siguientes componentes: (i) el económico, que otorgaba máximo 600 puntos; y (ii) el técnico, que otorgaba máximo 400 puntos. La empresa ganadora y la ubicada en el segundo lugar obtuvieron la máxima calificación en la evaluación técnica, por lo que el elemento diferenciador fue la evaluación del componente económico.
- La evaluación del componente económico permitía la selección del ganador del concurso mediante la aplicación de un mecanismo constituido por dos variables (el número de empresas participantes y el valor de cada propuesta) y diez relaciones funcionales construidas a partir de la interacción de esas dos variables.
- Las mejores opciones para ganar el proceso las tenía el concursante cuyo valor de la propuesta fuera más cercana al valor de la media geométrica formada a su vez por todos los valores de las ofertas presentadas, y no aquella de menor valor, que fue la presentada por **ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S.**
- El que **ECOPETROL** no haya seleccionado al ganador con base en la propuesta económica de menor valor, sumado a que no existen otros hechos que configuren o confirmen que la participación de **BUREAU VERITAS COLOMBIA** en el proceso no permitió la escogencia de la propuesta con las mejores condiciones, permite concluir que no está acreditado que la conducta imputada haya afectado el bienestar de los consumidores.
- La argumentación expuesta en el Informe Motivado de que no hay pruebas que permitan comprobar que **BUREAU VERITAS COLOMBIA** no presentó la oferta con las "mejores

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

VERSIÓN ÚNICA

condiciones para el Estado", tenía por objeto demostrar que la conducta imputada no era idónea para afectar el propósito del bienestar de los consumidores establecido en la Ley 1340 de 2009.

- Las empresas que ofrecen el servicio HSE participaron libremente en el proceso de selección adelantado por **ECOPETROL**. La Superintendencia de Industria y Comercio no identificó hechos que permitan concluir que alguna empresa, distinta de las que atendieron la convocatoria, no pudo participar en el proceso de selección por causa de la actuación de **BUREAU VERITAS COLOMBIA**.
- Ni en la Resolución Sancionatoria ni en el Informe Motivado existe información sobre los niveles de eficiencia del mercado de servicios de HSE o de cualquier actividad económica asociada a dicho mercado que pudiera indicar que la conducta ejecutada por **BUREAU VERITAS COLOMBIA** afectó la eficiencia económica.
- Ya operó la caducidad de la facultad sancionatoria, toda vez que han transcurrido más de cinco (5) años desde el último acto del cargo formulado por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución No. 47612 de 2016 (en adelante, Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos), es decir "haber participado como agentes económicos autónomos e independientes sin serlo y sin actuar como tales", y la notificación de la Resolución Sancionatoria ocurrió el 26 de junio de 2018.
- La Superintendencia de Industria y Comercio, no puede, sin violar el principio de congruencia, señalar que no operó la caducidad de la facultad sancionatoria, pues el cargo formulado en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos se refiere exclusivamente al proceso de selección N 50025407 y no a otros procesos en los que participaron simultáneamente **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **TECNICONTROL** durante el 2013.
- Después del 26 de junio de 2013, **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **TECNICONTROL** no participaron simultáneamente en ningún proceso de selección, ni realizaron acción o coordinación alguna relacionada con la supuesta practica objeto de investigación.
- Si al derecho administrativo sancionatorio se le aplican los principios generales del derecho penal, es claro que se viola el debido proceso cuando no existe correspondencia entre los hechos objeto de la apertura de investigación y el hecho que dio origen a la sanción.
- Después del proceso de selección cuestionado, las compañías decidieron no volverse a presentar simultáneamente en otros procesos, motivo por el cual en el correo electrónico del 1 de agosto de 2013 se decidió que las propuestas superiores a un monto que se presentaran a nombre **BUREAU VERITAS COLOMBIA** o **TECNICONTROL** fueran revisadas por un comité de propuestas, integrado, entre otros, por los representantes legales de las referidas sociedades.
- La Superintendencia de Industria y Comercio desconoce que la probabilidad y grado de afectación de la media geométrica dependen de la dispersión que presenten las demás propuestas, así como del número de proponentes, lo cual era un hecho desconocido por **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **TECNICONTROL** al momento de realizar sus ofertas.
- Dado que los valores ofertados respondieron a un ejercicio de costeo realizado de forma habitual, pues los porcentajes que componen el factor AUI no presentan diferencias significativas frente a los estimados en otras propuestas similares, no puede afirmarse que haya existido una intencionalidad u objeto anticompetitivo.
- La ausencia de competencia entre las investigadas no es reprochable desde la óptica del derecho de la competencia sin realizar análisis de efectos o idoneidad de la conducta que permita calificarla como anticompetitiva. Lo anterior, toda vez que, al responder a un mismo interés económico, **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **TECNICONTROL** no estaban obligadas a competir.
- De acuerdo con la teoría de los mercados de subasta, en los casos de "*collusive tendering*" y "*bid rigging*" el mercado relevante no siempre puede ser considerado el proceso licitatorio en sí mismo. Lo anterior, toda vez que el hecho de que un mercado se vacíe mediante mecanismos de subasta no necesariamente implica que el mercado relevante sea cada subasta en sí misma, pues ello solo se presenta en casos en los que cada contrato reviste características muy particulares (que

no es el caso), lo que deriva en la necesidad de definir la licitación en sí misma como un mercado relevante independiente.

- Al realizar el análisis de sustituibilidad de la demanda, se haría evidente que el contrato transado en el proceso de selección analizado no es único e irrepetible; de hecho, tanto las investigadas como las restantes empresas proponentes han realizado consultorías de este tipo. Por lo anterior, no puede decirse que el servicio es único y, por tanto, comporta un mercado relevante independiente definido como el proceso de selección.
- La Superintendencia de Industria y Comercio desconoce las políticas internas de **ECOPETROL**, las cuales sí prevén mecanismos de sanción que limitan la participación en futuros procesos o la castigan mediante reducciones en los puntajes como consecuencia de antecedentes negativos en la hoja de vida del proveedor.
- El antecedente que habría generado **TECNICONTROL** es considerado grave por **ECOPETROL**, pues su política de gobierno corporativo y sus adhesiones a iniciativas internacionales de sostenibilidad corporativa lo obligan a tener especial control sobre aspectos relacionados con derechos laborales y principios de legalidad tanto al interior de la empresa como frente a su cadena de suministro.
- La sanción impuesta, aunque corresponde al 4,12% de la multa máxima, resulta excesiva y desproporcionada frente a la infracción cometida y las circunstancias probadas que rodearon su tipificación, por lo que se solicita que el análisis de los criterios de dosificación señalados en la Resolución Sancionatoria sea revisado.
- Respecto del impacto de la conducta en el mercado, la afirmación de la Superintendencia de Industria y Comercio no corresponde con el sustento real de un perjuicio sobre el mercado, pues no hay prueba alguna de que con la conducta sancionada se haya afectado el mercado a la luz de los propósitos de la ley de competencia, es decir, el bienestar de los consumidores, la eficiencia económica o la libre participación de las empresas en el mercado.
- Si el mercado relevante es el proceso de selección mismo, la dimensión del mercado afectado siempre será el 100% del mismo, por lo que no tendría sentido alguno este criterio de valoración en conductas como la investigada.
- El hecho de que **BUREAU VERITAS COLOMBIA** haya sido adjudicataria del contrato, no implica que la empresa haya percibido beneficios sustanciales o significativos con la conducta imputada. No existe prueba en el Expediente que acredite la obtención de un beneficio tangible, el cual no puede ser el valor del contrato, pues las utilidades son el resultado de aislar todos los costos y gastos asociados a su ejecución, para que sean descontados de los ingresos obtenidos por el contrato.
- **BUREAU VERITAS COLOMBIA** mantuvo una buena conducta procesal a lo largo de la investigación, aspecto que debió haber sido tenido en cuenta particularmente al momento de tasar la sanción impuesta.
- La Superintendencia de Industria y Comercio le concedió a **FAMILIA**, en el caso de papeles suaves, una reducción del 10% como atenuante por la confesión sobre la participación en el cartel empresarial. En el presente caso, **BUREAU VERITAS COLOMBIA** reconoció de forma expresa que las empresas investigadas: (i) aunque son personas jurídicas diferentes, están bajo el control de **BUREAU VERITAS FRANCIA**; (ii) participaron simultáneamente en el concurso privado objeto de la presente actuación; (iii) compartieron información para participar en el proceso señalado; y (iv) personas de **TECNICONTROL** prestaron asistencia a personal de **BUREAU VERITAS COLOMBIA** en la elaboración de las propuestas de concurso. Si bien la investigada nunca ha reconocido que su conducta haya constituido una práctica anticompetitiva, los hechos relacionados son el supuesto factico de la conducta calificada como anticompetitiva.
- En el presente caso no se debió tomar un promedio del patrimonio de **BUREAU VERITAS COLOMBIA** de 2013 a 2016, sino que se debería utilizar únicamente el patrimonio de la empresa de 2016, que es el que permite asegurar que la dosificación de la sanción se realice con un valor actualizado del patrimonio, que refleje su capacidad de pago y su situación patrimonial real.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"***VERSIÓN ÚNICA**

- La sanción impuesta corresponde al 64,62% del patrimonio de 2016 de la sociedad. Si se compara con las que fueron impuestas en los casos de los ingenios, papeles suaves y en la venta de agua en bloque, con esta sanción se desconocen los principios de proporcionalidad e igualdad.

2.3. Argumentos particulares planteados por TECNICONTROL y RENÉ ÓMAR PEDRAZA ACUÑA

- Existen casos en donde la Superintendencia de Industria y Comercio sí ha analizado los efectos de posibles colusiones o fijación de precios teniendo en cuenta que es posible que estas conductas generen efectos procompetitivos que podrían superar los anticompetitivos. Estos casos han sido la Resolución No. 48092 del 13 de agosto de 2012 (caso televisores) y la Resolución No. 40598 del 27 de junio de 2014 (caso **TERPEL**).
- En otros casos, la Superintendencia de Industria y Comercio ha manifestado que resulta necesario e imperioso demostrar la idoneidad de la conducta para afectar la libre competencia (Resolución No. 53403 de 2013 - caso **COMCEL**). Lo anterior, aun cuando el caso que se referenció correspondía a una conducta expresamente definida en la legislación.
- El subsistema normativo referencial del proceso de selección No. 50025407 de 2013 adelantado por **ECOPETROL** corresponde al derecho privado, independientemente de la naturaleza mixta de la Entidad. Así, no es cierto como lo predica el Informe Motivado, que la ineficiencia que pudo ocurrir con la conducta se predique tanto de lo público, como del régimen privado.
- El Informe Motivado expresa que las consecuencias del actuar de las sancionadas son idénticas al de una colusión en licitaciones públicas. Al respecto, la Resolución Sancionatoria manifiesta que no es que resulten idénticas en su dinámica o devenir, pero que necesariamente cuentan con los mismos o similares efectos. Lo anterior es equivocado toda vez que la colusión en licitaciones públicas parte del postulado de independencia y autonomía entre las empresas que acuerdan un pacto ilegal, hecho que no aplica en el presente caso pues, como lo reconoció la Superintendencia de Industria y Comercio, **TECNICONTROL** no contaba con autonomía o independencia desde la firma del acuerdo de venta de sus acciones a **BUREAU VERITAS INTERNATIONAL S.A.S.** (en adelante, **BUREAU VERITAS INTERNATIONAL**).
- La integración entre **TECNICONTROL** y **BUREAU VERITAS COLOMBIA** nunca fue ocultada ni a la Superintendencia de Industria y Comercio ni a **ECOPETROL**. De ello da cuenta el trámite con radicado No. 12-078012 llevado a cabo ante la Superintendencia de Industria y Comercio que concluyó en la viabilidad jurídica y económica de la operación.
- En el contexto de la adquisición de las acciones de **TECNICONTROL** por parte de **BUREAU VERITAS COLOMBIA**, el "Acuerdo de No Competencia" no estableció restricciones para que las sancionadas participaran en los mismos procesos de contratación. Dicho acuerdo lo que sí incluía era la obligación de **TECNICONTROL** de mantener un EBITDA durante la adquisición. La omisión de no participar en el concurso convocado por **ECOPETROL** conllevaba efectos negativos sobre su EBITDA, traducidos en efectos negativos sobre el proceso de venta de las acciones.
- La existencia de cercanía en las propuestas presentadas por las investigadas puede ser tanto indicativa de las premisas básicas de la investigación según las cuales las empresas se pusieron de acuerdo para alterar la media geométrica, así como indicativa de una fuerte rivalidad entre las compañías investigadas.
- La existencia de los correos electrónicos citados en la Resolución Sancionatoria ni siquiera apuntan a la responsabilidad directa o indirecta de **RENÉ OMAR PEDRAZA ACUÑA** frente a las normas de la competencia argüidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.
- A **RENÉ OMAR PEDRAZA ACUÑA** se le restringió su derecho a defensa, pues no fue escuchado durante el proceso pese a la justificación que presentó y pese a que insistió en ser escuchado.
- Cuando una empresa toma el mando de otra atiende a las instrucciones del directivo que ha llegado a tomar control y no del saliente, por lo que no podría concluirse que el actuar de **RENÉ OMAR PEDRAZA ACUÑA** fue permisivo ni tolerante como se señala erróneamente en la Resolución Sancionatoria.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"***VERSIÓN ÚNICA**

- Según el "Acto de Asignación del Contrato" dentro del proceso de selección No. 50025407 de que trata el presente proceso sancionatorio, el último hecho que implica una intervención por parte de **TECNICONTROL** y de su representante legal, **RENÉ OMAR PEDRAZA ACUÑA**, fue el 29 de mayo de 2013, fecha para la cual la compañía presentó su última replica al Informe de Evaluación con el objeto de ser readmitida al proceso de selección, antes de la adjudicación del mismo. De allí, resulta claro que la capacidad legal de la Superintendencia de Industria y Comercio para sancionarlos "precluyó".
- En el evento en que la Superintendencia de Industria y Comercio quisiera adoptar una tesis diferente sobre la caducidad de su capacidad sancionatoria, es menester tener en cuenta que el Consejo de Estado, en sentencia de la Sección Cuarta, señaló que es deber de las entidades administrativas aplicar en los procedimientos sancionatorios, aquellas normas que favorezcan al administrado.
- La Autoridad dispuso la graduación de las sanciones prescindiendo de los criterios rectores de proporcionalidad, máxime si se ha de tener en cuenta que en sendos procesos investigativos emprendidos contra empresas, las sanciones han sido manifiestamente inferiores.
- Las sanciones deben guardar una correspondencia con la magnitud del impacto de las conductas y la renta generada por las mismas. En casos notoriamente más graves y emblemáticos de colusión y cartelización, como el de Ingenios Azucareros, Pañales, Papeles Suaves y Cuadernos, se han impuesto sanciones sustancialmente inferiores frente al patrimonio de los sancionados que en el presente caso.
- Para el caso de **TECNICONTROL**, una sanción del 29,8% de su patrimonio afectará a futuro la operación técnica y financiera de la empresa, lo cual incidirá negativamente en su participación como jugador dentro del mercado.
- Durante la investigación no se solicitó la declaración de renta de **RENÉ OMAR PEDRAZA ACUÑA** sino que se impuso una sanción equivalente a 250 SMLMV, mayor en términos absolutos a la del representante legal de **BUREAU VERITAS COLOMBIA**. La cifra impuesta resulta confiscatoria teniendo en cuenta la declaración de renta del 2016.
- La Superintendencia de Industria y Comercio debe aclarar y corregir su valoración respecto de la conducta procesal de **TECNICONTROL** y de **RENÉ OMAR PEDRAZA ACUÑA**, pues los mismos sí reconocieron, contrario a lo afirmado por la Superintendencia de Industria y Comercio, haber compartido información con **BUREAU VERITAS COLOMBIA**, información que se limitó a aspectos relativos a los componentes de los precios pero que en ningún momento implicó la determinación final del precio.
- Sobre el impacto de la conducta en el mercado, no se demostró ni existe un razonamiento probado en la Resolución Sancionatoria.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no probó si **TECNICONTROL** como tal se benefició de la adjudicación obtenida en cabeza de **BUREAU VERITAS COLOMBIA**. Tampoco se probó si la misma **BUREAU VERITAS COLOMBIA** obtuvo utilidad o sacó provecho económico con la adjudicación del contrato.

TERCERO: Que de conformidad con el artículo 42 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA), este Despacho procederá a resolver los recursos de reposición interpuestos, dando respuesta a los argumentos presentados por los impugnantes.

3.1. Consideraciones preliminares

Antes de entrar a analizar los argumentos específicos que se presentaron en los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución Sancionatoria, es importante llamar la atención respecto del hecho de que las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio están encaminadas a velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en los mercados nacionales, previsto especialmente en los artículos 88 y 333 de la Constitución Política, los cuales catalogan expresamente esta prerrogativa como un interés colectivo, establecen que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de

los límites del bien común, y señalan que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

En esa medida, mientras el artículo 88 de la Constitución Política alude expresamente al derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica, el artículo 333 *ibídem* les impone a los agentes del mercado una serie de obligaciones y deberes, entre los que se destacan, para efectos del presente trámite administrativo, aquellos relacionados con la imposibilidad de incurrir en prácticas restrictivas de la libre competencia económica, tales como infracciones a la prohibición general, acuerdos anticompetitivos o carteles empresariales, o incluso, actos de naturaleza unilateral, como abusos de una posición dominante en el mercado, entre otras conductas.

Las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio pretenden proteger un derecho colectivo de rango constitucional que le pertenece a todos y cada uno de los ciudadanos, incluyendo a consumidores finales y a empresarios, que incluso también pueden ostentar la calidad de "consumidores" en algún punto de la cadena de valor a la luz de lo establecido en el régimen de protección de la libre competencia económica.

En consecuencia, cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia económica **viola un derecho de todos**, lo que incluye tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado, en cualquier eslabón de la cadena. Es precisamente por eso que, protegiendo la libre competencia económica y la rivalidad entre las empresas en los distintos mercados, se garantiza una condición más equitativa para todos los colombianos.

Adicionalmente, en las economías de mercado como la nuestra, la competencia es un factor dinamizador del desarrollo económico, al paso que la evidencia empírica ha demostrado que las economías con mercados domésticos competitivos tienen niveles y tasas más altas de crecimiento en su ingreso *per cápita* respecto de aquellas en que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia⁴.

De acuerdo con la OCDE⁵:

"Resulta claro que los sectores con mayor competencia experimentan crecimientos de la productividad, una tesis confirmada por numerosos estudios empíricos en diferentes sectores y empresas. Algunos estudios han intentado explicar las diferencias en el crecimiento de la productividad entre los diferentes sectores a la luz de la intensidad de la competencia a la que se enfrentan. Otros se han centrado en los efectos de intervenciones favorecedoras de la competencia concretas, en particular en las medidas de liberalización del comercio o la introducción de la competencia en sectores previamente regulados y monopolísticos (como el de la electricidad).

Cabe decir que esta tesis no se cumple solamente en las economías «occidentales», sino que también se ha demostrado en estudios sobre las experiencias japonesas y surcoreanas, así como de ciertos países en vías de desarrollo.

Además, los efectos de una competencia más fuerte se hacen patentes más allá de donde se ha introducido efectivamente una mayor competencia. En concreto, una fuerte competencia aguas arriba en la cadena de producción puede entrañar una mejora «en cascada» de la productividad y el empleo aguas abajo en la misma cadena, y en la economía en general.

Parece que esto se explica principalmente porque la competencia conlleva una mejora en la eficiencia de asignación al permitir que las empresas más eficientes entren en el mercado y ganen cuota, a expensas de las menos eficientes (el llamado efecto entre empresas). Por ende, la regulación o los comportamientos contrarios a la competencia y a la expansión pueden ser particularmente perjudiciales para el crecimiento económico. Además, la competencia también mejora la eficiencia productiva de las empresas (el llamado efecto dentro de la misma empresa), pues parece que las que enfrentan competencia están mejor

⁴ Centre for Competition, Investment, and Economic Regulation, "Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor?". No. 4. 2008. Citado en: Consejo Privado de Competitividad. "Informe Nacional de Competitividad 2011-2012". Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia". 2012.

⁵ OCDE corresponde a la sigla en español para *Organisation for Economic Cooperation and Development* (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos).

gestionadas. Esto es aplicable incluso en sectores con fuerte trascendencia social y económica: por ejemplo, cada vez existen más pruebas de que la competencia en la prestación de servicios de salud puede mejorar la calidad de los servicios"⁶.

En efecto, la libre competencia constituye la herramienta más efectiva que tiene el Estado para que sus ciudadanos y empresarios (consumidores) reciban precios más bajos y bienes de mayor calidad, que sus industrias sean competitivas nacional e internacionalmente, y que la competitividad de sus empresas no esté ligada a la protección del Estado sino a la eficiencia de cada agente dentro del mercado.

En últimas, la sana rivalidad o la sana y leal competencia entre empresas derivan en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica. En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo, al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial.

Como puede verse de todo lo anteriormente dicho, la libre competencia es un derecho colectivo de naturaleza económica y de rango constitucional. Por su lado, este derecho constitucional es desarrollado, entre otras disposiciones, por la Ley 1340 de 2009, que en su artículo 3 establece los propósitos de las actuaciones administrativas que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio por la posible violación de las normas de protección de la libre competencia económica y que tienen como eje central el buen funcionamiento de los mercados. En efecto, los propósitos de las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de libre competencia económica son: **(i)** la libre participación de las empresas en el mercado; **(ii)** el bienestar general de los consumidores; y **(iii)** la eficiencia económica.

En línea con cada uno de los propósitos contenidos en la Ley 1340 de 2009, es preciso resaltar que la libre competencia económica beneficia el adecuado funcionamiento de los mercados y sectores de la economía y, por esta vía, protege a los empresarios, generándoles ambientes competitivos. En efecto, en la medida en que las empresas crezcan y se desarrollen en ambientes competitivos, cada día producirán más y mejores productos y prestarán más y mejores servicios, lo cual les permitirá conquistar mercados internacionales y ganar, mantener o incrementar cuotas de participación en los mercados locales.

Por otro lado, la libre competencia económica genera eficiencia económica, lo cual parte de la base de que los recursos que la sociedad tiene para adquirir bienes y servicios serán siempre recursos limitados. Así, la eficiencia económica consiste en poder adquirir cada vez más y mejores bienes con esos siempre escasos recursos. Cuando hay sectores con problemas de competencia, se extraen ilegítimamente rentas de la economía que terminan acaparadas por los miembros de las prácticas anticompetitivas. Por el contrario, si hay mercados competitivos, los ciudadanos podrían destinar sus recursos limitados a adquirir más o diferentes bienes y, por la otra parte, los empresarios podrían contar con más consumidores dispuestos a adquirir los bienes y servicios que producen.

En relación con la última finalidad de la Ley 1340 de 2009, la libre competencia económica garantiza los derechos de los consumidores a recibir más y mejores bienes y servicios, a mejores precios, con más tecnología e innovación y con un mejor servicio al cliente. Sobre el particular, es preciso resaltar, por ejemplo, que esta Superintendencia ha indicado que el concepto de consumidor para efectos de las normas sobre protección de la libre competencia abarca tanto a consumidores intermedios como finales.

Ha dicho la Superintendencia de Industria y Comercio al respecto:

"El objeto del régimen de protección de la competencia es la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores, y la eficiencia económica, bajo el precepto de que el libre juego de la oferta y la demanda y el no falseamiento de los instrumentos que el mercado mismo provee derivarán en que los consumidores reciban mejores precios y mayor calidad. De esta forma, la aplicación del régimen en ningún momento se supedita a que el directamente afectado sea un consumidor final, ya que la aplicación del régimen no está cimentada sobre la inferioridad del consumidor o la asimetría de información que este pueda tener.

⁶ OCDE. "Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia". 2014. Págs. 2 y 3.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"***VERSIÓN ÚNICA**

(...)

La razón por la que cualquier comprador en la cadena se entiende como consumidor para el derecho de la competencia, parte de la base de que cualquier distorsión generada por conductas ilegales en un eslabón aguas arriba afecta toda la cadena y, por consiguiente, a aquellos que intervengan en la misma, aguas abajo. Tan es cierto esto que, como bien lo señalan los investigados, los economistas han diseñado herramientas cuantitativas para estimar el pass through y determinar los daños sufridos por compradores indirectos – ubicados en otros eslabones–, derivados de conductas anticompetitivas ocurridas aguas arriba, sin que esto implique que los compradores directos también hayan sufrido daños que no hayan llegado al consumidor final.

En conclusión, el término consumidor en el análisis de prácticas restrictivas de la competencia no es equivalente al establecido en el Estatuto del Consumidor, e incluye compradores que no adquieren para uso personal o privado sino para incorporar el producto o servicio en su cadena de producción".⁷

Vale indicar que estos mismos criterios han sido reiterados por la jurisprudencia constitucional:

"En este sentido debe recordarse que el propósito de las leyes de intervención "no es tanto controlar a las empresas, cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquella". Asimismo, es necesario reiterar que la libre competencia se proyecta en dos dimensiones: "de un lado, desde la perspectiva del derecho que tienen las empresas como tales; y, de otro, desde el punto de vista de los consumidores, usuarios y de la comunidad en general que son quienes en últimas se benefician de un régimen competitivo y eficiente pues de tal forma se garantiza la posibilidad de elegir libremente entre varios competidores lo que redundará en una mayor calidad y mejores tarifas por los servicios recibidos"⁸. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

De tal manera, los fines y propósitos perseguidos en este tipo de actuaciones conforme con la Constitución y la ley no son otros que la protección del derecho colectivo de la libre competencia económica y, con ello, la protección de la columna vertebral de la economía social de mercado y del bienestar general de los consumidores, entendidos por tales todos los agentes económicos que adquieren un determinado bien o servicio (incluido el Estado, cuando adelanta procesos de contratación para adquirir bienes y servicios que satisfagan sus necesidades).

Bajo este contexto, vale la pena recordar que la presente investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio dio cuenta de que **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **TECNICONTROL** establecieron un sistema tendiente a restringir la competencia que se materializó en el proceso de selección No. 50025407 adelantado por **ECOPETROL**, consistente en haberse presentado como supuestos competidores independientes y autónomos durante dicho proceso contractual, cuando en realidad obedecían a un mismo interés y compartían el propósito de aumentar las probabilidades de beneficiar al grupo al que pertenecen (**GRUPO BUREAU VERITAS INTERNACIONAL**). El sistema dio frutos para los investigados, ya que el contrato terminó siendo adjudicado a **BUREAU VERITAS COLOMBIA**. Con este comportamiento, las empresas incurrieron en una práctica tendiente a limitar la libre competencia económica, en detrimento de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

De conformidad con las pruebas obrantes en el Expediente, quedó plenamente demostrada la relación existente entre **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **TECNICONTROL** como controladas comunes de **BUREAU VERITAS INTERNACIONAL**, en la medida en que la operación de integración fue reportada ante esta Entidad⁹, en el Expediente obra el contrato de compraventa de acciones¹⁰ y existen diferentes declaraciones que dan cuenta de ello.

Así mismo el Despacho encontró probado que, al menos desde enero de 2013, las empresas investigadas actuaron de manera coordinada, cooperativa y conjunta en los procesos de selección

⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 76724 de 2014.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-172 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁹ Folio 1860 a 1919 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

¹⁰ Folio 2124 a 2160 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"***VERSIÓN ÚNICA**

en los que participaron, incluso, haciéndose pasar como competidores cuando en realidad perseguían el fin común de beneficiar al denominado **GRUPO BUREAU VERITAS**. Lo anterior se fundamentó principalmente en las siguientes evidencias:

- Correo electrónico del 4 de enero de 2013¹¹, en el que el Director de Desarrollo de Negocios de **BUREAU VERITAS COLOMBIA** le solicitó a la Gerente de Propuestas de **TECNICONTROL** que revelara los aspectos económicos de una propuesta suya con el fin de que **BUREAU VERITAS COLOMBIA** *"se presente con precios más altos"*.
- Correo electrónico del 18 de enero de 2013¹², donde miembros de ambas empresas investigadas se comunicaron para convocarse a una reunión con el fin de aclarar y dar lineamientos en materia de licitaciones y propuestas de *"la compañía"* –es decir, partiendo de la concepción de las dos empresas como un solo y único agente–.
- Correo electrónico del 21 de enero de 2013¹³, que acreditó que las compañías investigadas empezarían a compartir la herramienta denominada *Customer Relationship Manager – CRM* de **TECNICONTROL**, con el propósito conjunto de *"conocer de primera mano y de manera oportuna las solicitudes de cotización"*, *"que los ejecutivos puedan hacer seguimiento a cada una de las oportunidades identificadas"*, *"conocer el estado de avance de cada oportunidad"* y *"conocer el valor de venta final y el estatus frente al cliente"*.
- Correo electrónico del 22 de enero de 2013¹⁴, que dejó ver que las empresas investigadas determinaron que *"todas las ofertas sin excepción alguna"* serían elaboradas y centralizadas bajo la dirección de una misma persona –**LINA MARCELA LIZARAZO CUEVAS** (Gerente de Propuestas de **TECNICONTROL**)–, con indiferencia del proponente.
- Correo electrónico del 1 de febrero de 2013¹⁵, que acreditó expresamente el propósito que **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **TECNICONTROL** perseguían cuando coordinaban su participación en procesos de selección: *"poder tener más oportunidades de ganar"*.
- Correos electrónicos del 26 de marzo de 2013¹⁶, dirigidos a varios empleados de las compañías investigadas, con el propósito de informar sobre la apertura de dos procesos en los que estas podrían participar como aparentes competidores.

¹¹ Folio 2005 a 2013 del cuaderno público No. 10 del Expediente. Ruta: 03_TECNICONTROL_LINA_LIZARAZO.ad1\.\PHYSICALDRIVE0:Partition 3 [376938MB]:NONAME [NTFS]/[root]/correo/25junio2012.pst/Carpetas personales/Principio de las Carpetas personales/Bandeja de entrada/Re: Requerimiento de Chevron - Operación segura de grúas

¹² Folio 2005 a 2013 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente. Ruta: 03_TECNICONTROL_LINA_LIZARAZO.ad1\.\PHYSICALDRIVE0:Partition 3 [376938MB]:NONAME [NTFS]/[root]/correo/25junio2012.pst/Carpetas personales/Principio de las Carpetas personales/Bandeja de entrada/Reunion

¹³ Folio 2005 a 2013 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente. Ruta: 03_TECNICONTROL_LINA_LIZARAZO.ad1\.\PHYSICALDRIVE0:Partition 3 [376938MB]:NONAME [NTFS]/[root]/correo/25junio2012.pst/Carpetas personales/Principio de las Carpetas personales/Bandeja de entrada/Re: RV: Direcciones de correo para CRM

¹⁴ Folio 2005 a 2013 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente. Ruta: 03_TECNICONTROL_LINA_LIZARAZO.ad1\.\PHYSICALDRIVE0:Partition 3 [376938MB]:NONAME [NTFS]/[root]/correo/25junio2012.pst/Carpetas personales/Principio de las Carpetas personales/Bandeja de entrada/PROCESO PARA ELABORACION DE OFERTAS

¹⁵ Folio 2005 a 2013 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente. Ruta: 03_TECNICONTROL_LINA_LIZARAZO.ad1\.\PHYSICALDRIVE0:Partition 3 [376938MB]:NONAME [NTFS]/[root]/correo/25junio2012.pst/Carpetas personales/Principio de las Carpetas personales/Bandeja de entrada/Re: Request for Information" ("RFI") - Solicitud de Información e Inteligencia de Mercado Servicios de Interventoría Ambiental, seguridad Industrial y salud ocupacional LCI

¹⁶ Folio 2005 a 2013 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente. Rutas: (i) 03_TECNICONTROL_LINA_LIZARAZO.ad1\.\PHYSICALDRIVE0:Partition 3 [376938MB]:NONAME [NTFS]/[root]/correo/25junio2012.pst/Carpetas personales/Principio de las Carpetas personales/Bandeja de entrada/Concurso abierto No. 50025407 - HSE; y (ii) 03_TECNICONTROL_LINA_LIZARAZO.ad1\.\PHYSICALDRIVE0:Partition 3 [376938MB]:NONAME [NTFS]/[root]/correo/25junio2012.pst/Carpetas personales/Principio de las Carpetas personales/Bandeja de entrada/Concurso cerrado No. 50025368 - HSE.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

VERSIÓN ÚNICA

- Correo electrónico del 1 de abril de 2013¹⁷, en el que se solicitó que el Representante Legal de **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y la Gerente de Propuestas de **TECNICONTROL** revisaran juntos determinadas propuestas en un proceso de selección de **ECOPETROL**.
- Cadena de correos que contiene una conversación sostenida el 3 de abril de 2013¹⁸, en la que se gestionó la asistencia de **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **TECNICONTROL** a una audiencia que constituía un requisito indispensable para la presentación de interés a un proceso de selección adelantado por **ECOPETROL**.
- Correo electrónico del 26 de abril de 2013¹⁹, que dejó ver que, desde la dirección de los dos representantes legales de las empresas investigadas, se planeaba y ejecutaba la estrategia para asegurar la adjudicación de los contratos a favor del **GRUPO BUREAU VERITAS**.
- Correo electrónico del 29 de mayo de 2013²⁰, que evidenció que **BUREAU VERITAS COLOMBIA**, en el marco de la dinámica de coordinación establecida, no tuvo inconveniente en emplear la estrategia consistente en sacrificar a **TECNICONTROL** para lograr que **BUREAU VERITAS COLOMBIA** resultara favorecida en un proceso particular.
- Correo electrónico del 1 de agosto de 2013²¹, en el que se apreció que las personas jurídicas investigadas, por orden de sus representantes legales, adoptaron como directriz que todas las propuestas –superiores a determinado monto– que fueran a presentar en el marco de procesos de selección serían revisadas por un comité que estaría conformado, entre otros, por los Representantes Legales de **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y de **TECNICONTROL**.
- Declaración de **DANIEL ARTURO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ** (Representante Legal de **TECNICONTROL**)²², que evidenció que desde **TECNICONTROL** se gestionaba el cumplimiento, por parte de **BUREAU VERITAS COLOMBIA**, de los requisitos de participación en los procesos de selección. Esto se encontró además corroborado por correos electrónicos²³.
- Declaraciones de **DANIEL ARTURO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ** (Representante Legal de **TECNICONTROL**)²⁴ y **RENATO MACEDO DE CATRIB FILHO** (Representante Legal de

¹⁷ Folio 2005 a 2013 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente. Ruta: 03_TECNICONTROL_LINA_LIZARAZO.ad1\.\PHYSICALDRIVE0:Partition 3 [376938MB]:NONAME [NTFS]/[root]/correo/25junio2012.pst/Carpetas personales/Principio de las Carpetas personales/Bandeja de entrada/HSE

¹⁸ Folio 2005 a 2013 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente. Ruta: 03_TECNICONTROL_LINA_LIZARAZO.ad1\.\PHYSICALDRIVE0:Partition 3 [376938MB]:NONAME [NTFS]/[root]/correo/25junio2012.pst/Carpetas personales/Principio de las Carpetas personales/Elementos enviados/RE: AUDIENCIA INFORMATIVA Y VISITA DE OBRA PS CONCURSO ABIERTO 50024886

¹⁹ Folio 2005 a 2013 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente. Ruta: 03_TECNICONTROL_LINA_LIZARAZO.ad1\.\PHYSICALDRIVE0:Partition 3 [376938MB]:NONAME [NTFS]/[root]/correo/25junio2012.pst/Carpetas personales/Principio de las Carpetas personales/Bandeja de entrada/RV: Sobre el Proceso ECOPETROL 50026700- Aseguramiento Proceso Normalización Técnica y Estandarización técnica en ECO.

²⁰ Folio 2005 a 2013 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente. Ruta: 03_TECNICONTROL_LINA_LIZARAZO.ad1\.\PHYSICALDRIVE0:Partition 3 [376938MB]:NONAME [NTFS]/[root]/correo/25junio2012.pst/Carpetas personales/Principio de las Carpetas personales/Bandeja de entrada/Equipos de Izaje

²¹ Folio 2005 a 2013 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente. Ruta: 01_TECNICONTROL_AUGUSTO_LIMA_CORREOS.ad1\.\PHYSICALDRIVE0:Partition 2 [287743MB]:Windows7_OS [NTFS]/[root]/Notes/Data/mail/mail01/alima.nsf/(\$Inbox)/Propuestas

²² Folio 2943 del Cuaderno Público No. 13 (Min. 58:15) del Expediente.

²³ Folio 2005 a 2013 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente. Ruta: 02_TECNICONTROL_DANIEL_ALVAREZ.ad1\.\PHYSICALDRIVE0:Partition 3 [374537MB]:Nuevo vol [NTFS]/[root]/correo/daniel2013.pst/Carpetas personales_2013/Principio de las Carpetas personales/Bandeja de entrada/Sin pendientes 2013-2/Solicitud Polizas Halliburton

²⁴ Folio 2943 del Cuaderno Público No. 13 (Min. 43:17).

BUREAU VERITAS COLOMBIA)²⁵ que evidenciaron que la estructuración técnica de las propuestas de las empresas investigadas se realizaba de manera coordinada y colaborativa a través de reuniones periódicas, intercambios de información y unificación de trámites. Esto se encontró además corroborado por correos electrónicos²⁶.

Una vez demostrado el comportamiento generalizado de las empresas investigadas en lo referente a su participación coordinada en procesos de selección en pro de su controlante común, el Despacho comprobó la aplicación de su estrategia de colaboración, específicamente, en el proceso contractual objeto de investigación (proceso No. 50025407 adelantado por **ECOPETROL**).

Para ello, se refirió inicialmente a las características del proceso de selección en mención y puso de presente, entre otros aspectos, que tal concurso: **(i)** fue convocado el 21 de marzo de 2013 y adjudicado en julio de ese año; **(ii)** su objeto era la "CONSULTORÍA PARA LA EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO AL DESEMPEÑO HSE PARA ECOPETROL S.A."; **(iii)** su presupuesto oficial era de \$27.935.590.105 pesos moneda corriente; **(iv)** contó con ocho (8) proponentes, incluidas las de las empresas investigadas; **(v)** tuvo tres (3) informes de evaluación, en el primero de los cuales se descartó la participación de **BUREAU VERITAS COLOMBIA** por su relación con **TECNICONTROL**; y **(vi)** fue finalmente adjudicado a **BUREAU VERITAS COLOMBIA**, por un valor de COP \$26.327.223.148 pesos moneda corriente.

Posteriormente, en relación con las ofertas formuladas por **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **TECNICONTROL**, el Despacho encontró demostrado que las empresas emplearon la siguiente estrategia: **(i)** presentaron sus ofertas muy cerca una de otra con el propósito de incrementar la probabilidad de que la media geométrica de todas las que se presentaran, que determinaba la mejor calificación de las propuestas, resultara en un punto cercano a aquel en el que ubicaron sus ofertas –es decir, buscaron "anclar la media"–; y **(ii)** ubicaron sus ofertas, que eran cercanas entre sí, en un rango óptimo que pudieron determinar debido a su conocimiento del mercado y su experiencia en ese tipo de concursos.

En línea con lo anterior, el Despacho resaltó el comportamiento de las empresas investigadas a partir del primer informe de evaluación, el cual corroboró la coordinación anticompetitiva de su actuar en el marco del proceso de selección contractual No. 50025407 adelantado por **ECOPETROL**. En este sentido, puso de presente lo siguiente:

- En el primer informe de evaluación, **ECOPETROL** declaró inadmisibles las propuestas de cuatro (4) de los ocho (8) proponentes que habían participado en el concurso, entre las que se encontraba la de **BUREAU VERITAS COLOMBIA**. La propuesta de esa empresa fue rechazada porque la entidad contratante consideró que no atendía lo normado en el numeral 1.14 de las Condiciones Genéricas de Contratación (**CGC**)²⁷ de **ECOPETROL**, que establecía que "[c]ada proponente deberá presentar única y exclusivamente una propuesta". Además, **TECNICONTROL** tuvo una mala calificación en relación con los aspectos técnicos de su propuesta. La propuesta mejor calificada para ese momento fue la de **COPCO S.A.** (en adelante **COPCO**).
- En el segundo informe de evaluación, **ECOPETROL** consideró admisible la oferta de **BUREAU VERITAS COLOMBIA** porque acogió las explicaciones que rindió la investigada acerca de que cumplía lo establecido en el numeral 1.14. de las **CGC** de **ECOPETROL**. Además, como consecuencia de una observación formulada por otro proponente, rechazó la oferta de **TECNICONTROL** porque consideró que incumplía lo relacionado con los "aportes al Sistema de Protección Social"²⁸. La propuesta mejor calificada para ese momento fue nuevamente la de **COPCO**.

²⁵ Folio 2941 del Cuaderno Público No. 13 (Min. 56:47) del Expediente.

²⁶ Folio 2005 a 2013 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente. Ruta: 03_TECNICONTROL_LINA_LIZARAZO.ad1\A:\PHYSICALDRIVE0:Partition 3 [376938MB]:NONAME [NTFS][root]/correo/25junio2012.pst/Carpetas personales/Principio de las Carpetas personales/Bandeja de entrada/Re: Inteligencia de Mercado de ECOPETROL

²⁷ Folio 2567 a 2632 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente.

²⁸ Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

VERSIÓN ÚNICA

- Para el tercer informe de evaluación ya estaban revelados los valores de todas las ofertas que podrían ser tenidas en cuenta (es decir, ya no había incertidumbre para los proponentes). En ese contexto, era evidente que **TECNICONTROL** no tenía probabilidad alguna de victoria debido a su mala calificación en cuanto a los aspectos técnicos de su propuesta. Sin embargo, tal empresa discutió su descalificación y solicitó que su propuesta se tuviera en cuenta en el proceso de selección. Con las propuestas de **TECNICONTROL** y **BUREAU VERITAS COLOMBIA** habilitadas, terminó resultando como ganadora esta última.
- Las personas jurídicas investigadas sabían que la única forma en que **BUREAU VERITAS COLOMBIA** podría ganar sería si la propuesta de **TECNICONTROL** quedaba habilitada. Así las cosas, solo en un escenario de coordinación se podría atribuir al comportamiento de **TECNICONTROL** un carácter racional, pues debido a la inexistencia de incertidumbre alguna para ese momento, tal empresa tenía pleno conocimiento de que su probabilidad de obtener la adjudicación correspondiente era nula.

Adicionalmente, el Despacho encontró acreditado con pruebas directas que el comportamiento de los investigados fue coordinado desde antes de presentar las propuestas e, incluso, en la ejecución del contrato. Así, por ejemplo, se tuvieron en cuenta: **(i)** declaraciones en las que los mismos investigados afirmaron que sí existió coordinación en el proceso de selección objeto de investigación; **(ii)** un correo que evidencia que fue una de las personas vinculadas con **TECNICONTROL** la que dio aviso a ambas empresas investigadas de la apertura del proceso de selección No. 50025407 adelantado por **ECOPETROL**²⁹; **(iii)** un mensaje que acredita que **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **TECNICONTROL** adelantaron gestiones conjuntas para responder la solicitud que **ECOPETROL** le hizo a esta última para establecer si había incumplido lo normado en el numeral 1.14 de las **CGC** de **ECOPETROL** ("*[c]ada proponente deberá presentar única y exclusivamente una propuesta*")³⁰; **(iv)** un correo que deja ver que **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **TECNICONTROL** intercambiaron información de carácter económico para coordinar el contenido de las propuestas que presentaron en el proceso de selección objeto de investigación (como el "*Pricing Model*")³¹; y **(v)** otro correo más que demuestra que una vez **BUREAU VERITAS COLOMBIA** fue elegida como adjudicataria y celebró el contrato correspondiente, quienes realizaron los trámites para la obtención de las pólizas de cumplimiento exigidas al contratista fueron empleados de **TECNICONTROL**³².

De esta forma, se probó que en este concurso en particular los investigados efectivamente aparentaron ser competidores cuando en realidad obedecían a una estrategia común y sus propuestas estaban coordinadas para lograr un mismo propósito –beneficiar a su controlante común **BUREAU VERITAS INTERNATIONAL**–. Tal comportamiento, además de representar una infracción a la prohibición general (pues constituye una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia económica), resultó idóneo para impedir la materialización de condiciones de selección objetiva e igualdad de oportunidades entre los demás proponentes que participaron transparente y autónomamente en el proceso de selección en cuestión.

Finalmente, respecto de las personas naturales investigadas, el Despacho encontró demostrado mediante diversas pruebas obrantes en el Expediente, tales como declaraciones y correos

²⁹ Folio 2005 a 2013 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente. Ruta: 03_TECNICONTROL_LINA_LIZARAZO.ad1\A\PHYSICALDRIVE0:Partition 3 [376938MB]:NONAME [NTFS]/[root]/correo/25junio2012.pst/Carpetas personales/Principio de las Carpetas personales/Bandeja de entrada/Concurso abierto No. 50025407 - HSE.

³⁰ Folio 2005 a 2013 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente. Ruta: 03_TECNICONTROL_LINA_LIZARAZO.ad1\A\PHYSICALDRIVE0:Partition 3 [376938MB]:NONAME [NTFS]/[root]/correo/25junio2012.pst/Carpetas personales/Principio de las Carpetas personales/Elementos enviados/RV: Solicitud aclaraciones - Aporte de documentación Concurso Abierto No. 50025407.

³¹ Folio 2005 a 2013 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente. Ruta: 03_TECNICONTROL_LINA_LIZARAZO.ad1\A\PHYSICALDRIVE0:Partition 3 [376938MB]:NONAME [NTFS]/[root]/correo/25junio2012.pst/Carpetas personales/Principio de las Carpetas personales/Bandeja de entrada/Ultima Revisada

³² Folio 2005 a 2013 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente. Ruta: 02_TECNICONTROL_DANIEL_ALVAREZ.ad1\A\PHYSICALDRIVE0:Partition 3 [374537MB]:Nuevo vol [NTFS]/[root]/correo/daniel2013.pst/Carpetas personales_2013/Principio de las Carpetas personales/Bandeja de entrada/1st Qt 2015/RV: ECOPETROL - Entrega contrato MA-0028571.

electrónicos, que tuvieron un rol activo y protagónico en el comportamiento analizado tendiente a restringir la competencia, y que conocían, autorizaban y direccionaban el comportamiento sistemático de coordinación objeto de estudio. En virtud de ello, se determinó que incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar y/o tolerar la conducta anticompetitiva imputada a **BUREAU VERITAS COLOMBIA y TECNICONTROL**.

3.2. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos presentados por los recurrentes

3.2.1. Argumentos relacionados con la idoneidad y el carácter anticompetitivo de la conducta sancionada

Los investigados manifestaron coincidentemente en sus recursos que para sancionar por la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) es necesario demostrar, adicional a la comprobación de la práctica, que la conducta imputada afecta la competencia o tiene la idoneidad para hacerlo. Sin embargo, de acuerdo con la Resolución Sancionatoria lo anterior no es necesario, lo cual, en su opinión, va en contravía de lo estipulado en la propia ley y en la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En la misma línea, afirmaron que para interpretar las normas legales sobre competencia es necesario tener presente el fundamento constitucional del régimen de competencia y las finalidades de la normatividad en la materia. En virtud de ello, sostuvieron que: **(i)** si una conducta no afecta las finalidades de dicha ley y, por ende, el bien común, la misma no puede ser considerada como anticompetitiva; **(ii)** las normas de competencia no se pueden interpretar al tenor literal de su texto, pues ello llevaría al absurdo de considerar como anticompetitivas conductas que no afecten realmente los propósitos de la ley de competencia; y **(iii)** no existe prueba en el Expediente que acredite que la conducta imputada afecta cualquiera de los propósitos de la ley de competencia, motivo por el cual no se puede argüir que la misma es violatoria del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En respuesta a estos argumentos se pone de presente que, tal y como lo manifestó el Despacho en su Resolución Sancionatoria, los comportamientos de los proponentes encaminados a simular autonomía, individualidad y real competencia en el marco de procesos de contratación estatal para incrementar las probabilidades de resultar adjudicatarios constituyen una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia económica, en la medida en que impiden o tienen la potencialidad de impedir la materialización de condiciones de transparencia e igualdad de oportunidades entre los demás proponentes que tomen parte en el correspondiente proceso. Lo anterior, toda vez que el comportamiento descrito lleva a un incremento artificial de la probabilidad de los agentes coordinados de resultar favorecidos por el mecanismo de evaluación previsto en el proceso de selección, y ese aumento en la posibilidad de resultar adjudicatarios se sustenta en una consecuente reducción –a la postre, ilegítima– de la probabilidad de éxito que tienen los demás proponentes.

Aclarada esta circunstancia, se reitera que de acuerdo con la literalidad del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, las prohibiciones intrínsecas en la prohibición general son sancionables "por objeto", lo cual quiere decir que los supuestos de la norma llevan inmerso un juicio de reproche negativo en términos de competencia, que hace innecesario que se prueben afectaciones en el mercado para que resulten sancionables por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio:

*"**Artículo 1. Prohibición general.** Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.*

(...)" (Subrayado fuera del texto).

De lo anterior se colige que la idoneidad de afectación de la libre competencia que tienen las conductas contenidas en la prohibición general está dada por ley, de manera que no es cierto que la Autoridad deba entrar a verificar daños reales causados en el mercado para que proceda su correspondiente reproche y sanción. En últimas, en virtud de tal consagración normativa, basta con que una conducta se enmarque en los supuestos de la prohibición general para que se entienda como contraria al régimen de libre competencia económica, a sus propósitos y finalidades.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"***VERSIÓN ÚNICA**

No obstante lo anterior, se aclara que el hecho de que la Autoridad no esté llamada a probar afectaciones o daños concretos en el mercado no equivale a decir que la conducta no haya generado efecto alguno.

En virtud de ello, es preciso poner de presente que pese a que la conducta imputada, como se anotó líneas atrás, es sancionable por su solo objeto, en la presente actuación administrativa la misma fue sancionada "por efecto", pues quedó totalmente demostrado que el esquema de colaboración manejado por **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **TECNICONTROL**, consistente en participar conjuntamente en el proceso de selección haciéndose pasar como competidores autónomos e independientes cuando en realidad se comportaban de manera coordinada para incrementar las probabilidades de resultar adjudicatarias, fue implementado en el proceso de selección No. 50025407 adelantado por **ECOPETROL** y produjo los frutos esperados. En otras palabras, el efecto está dado por la implementación de dicha conducta, la cual, se resalta, llevó a que las empresas sancionadas aumentaran artificialmente sus probabilidades de resultar adjudicatarias y a que **BUREAU VERITAS COLOMBIA** resultara ganadora del correspondiente concurso.

En virtud de lo anterior, los argumentos de los investigados relacionados con la falta de idoneidad de las conductas para causar daño, la falta de demostración de afectación real a la competencia y la falta de pruebas de afectaciones concretas al mercado se rechazan nuevamente por improcedentes, pues está claro que la idoneidad la dispone el mismo régimen normativo, que el juicio de reproche no depende de la demostración de afectaciones concretas, y que, en todo caso, la presente actuación se sancionó por efecto, toda vez que el esquema de colaboración y de simulación de competencia identificado efectivamente fue implementado y produjo los resultados esperados por los investigados.

Por otro lado, los investigados manifestaron que si en la aplicación del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que presume los acuerdos allí indicados como anticompetitivos, no se emplea la regla "*per se*" en el análisis de los acuerdos que contienen restricciones de precios o de oferta cuando los beneficios económicos para el mercado o para los consumidores sean superiores a los perjuicios para la competencia, con mayor razón no se debe aplicar aplica la regla "*per se*" cuando se trata del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, donde no se establece ningún tipo de presunción de esa naturaleza. En la misma línea, sostuvieron que la aplicación de la regla "*per se*" resulta contraria a los principios plasmados en la Constitución Política de Colombia, y sobre el particular resaltaron que "*la Sentencia de 6 de agosto de 1993, C.P. Miguel González Rodríguez, Rad. 2412 señaló que los Actos Administrativos debían estar suficientemente motivados y dentro de su motivación no podían utilizarse las denominadas formulas (sic) comodín, como al parecer se vislumbra en el acto administrativo que es objeto del recurso*".

En respuesta a estos argumentos, el Despacho aclara que en la presente actuación administrativa no se imputó ni sancionó la prohibición general con base en presunciones ni mucho menos haciendo uso de "fórmulas comodín". Por el contrario, y en consonancia con la misma sentencia citada por los sancionados, esta Autoridad emitió su juicio de reproche con base en explicaciones amplias respecto del carácter anticompetitivo de la conducta y con fundamento en pruebas plurales y determinadas que motivaron suficientemente la decisión tomada, en la medida en que daban cuenta no solo de la estrategia común de **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **TECNICONTROL**, consistente en actuar de manera coordinada en procesos de selección en los que participaban para aumentar sus probabilidades de éxito, sino de la aplicación concreta de tal estrategia específicamente en el proceso de selección No. 50025407 adelantado por **ECOPETROL**. En virtud de lo expuesto, los argumentos se rechazan por resultar a todas luces infundados.

Por su parte, **TECNICONTROL** y **RENÉ OMAR PEDRAZA ACUÑA** señalaron que existen casos en donde la Superintendencia de Industria y Comercio ha analizado los efectos de posibles colusiones o fijación de precios, ya que es posible que estas conductas generen efectos procompetitivos que superen los anticompetitivos. Estos casos han sido la Resolución No. 48092 del 13 de agosto de 2012 (caso "televisores") y la Resolución No. 40598 del 27 de junio de 2014 (caso "TERPEL"). En el mismo sentido, afirmaron que en otros casos, la Superintendencia de Industria y Comercio ha manifestado que resulta necesario e imperioso demostrar la idoneidad de la conducta para afectar la libre competencia (Resolución No. 53403 de 2013 - caso "COMCEL"). Lo anterior, aun cuando el caso correspondía a una conducta expresamente definida en la legislación.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"***VERSIÓN ÚNICA**

Lo primero que hay que aclarar en relación con estos argumentos es que los casos a los que aluden los sancionados, de ninguna manera, han abarcado conductas de fijación de precios, colusiones o prácticas concertadas de cualquier naturaleza en el marco de procesos de contratación estatal. Por el contrario, en relación con las conductas anticompetitivas que se presenten en ese ámbito, la Superintendencia de Industria y Comercio ha sido reiterativa, constante y fehaciente en señalar que resultan alarmantes e indiscutiblemente gravosas, en la medida en que involucran el presupuesto de la nación y en ocasiones pueden estar ligados con actos de corrupción. Por ende, no ha habido actos administrativos en los que se reconozcan efectos procompetitivos que superen los anticompetitivos en dichos escenarios.

Lo segundo que es preciso poner de presente es que tanto el caso de "televisores" como el de "TERPEL" que los sancionados referenciaron, abarcaron acuerdos verticales, específicamente, acuerdos de fijación de precios de reventa, los cuales, dada su naturaleza, no pueden compararse con las conductas que tienen lugar entre competidores o entre agentes que hacen parte del mismo eslabón de la cadena de valor, es decir, conductas horizontales. En efecto, esta Autoridad en sus pronunciamientos ha venido reconociendo una diferenciación entre los acuerdos verticales y los horizontales en relación con los efectos económicos que producen, pues mientras los primeros, tanto por objeto como por efecto, los ha considerado sin lugar a dudas como contrarios a la libre competencia, los segundos (es decir, los de naturaleza vertical) los ha concebido como no necesariamente ilegales, e incluso, como potenciales generadores de eficiencias. Pues bien, teniendo en cuenta que la conducta que es objeto de reproche en la presente actuación administrativa no se cataloga como una conducta vertical, la comparación con los casos mencionados resulta impertinente e improcedente.

En tercer y último lugar, se aclara que en el caso "COMCEL", que también citaron los sancionados, el Despacho fue claro en señalar que esta Autoridad, en el marco del análisis de la prohibición general, considera que la palabra "tendientes", al igual que el término "objeto", *"implica el análisis de la idoneidad de la práctica, procedimiento o sistema (en abstracto) para limitar la libre competencia"* (Resolución No. 53403 de 2013). Igualmente, señaló expresamente en tal resolución que *"no es necesario analizar los efectos de la práctica, procedimiento o sistema en el mercado para determinar si efectivamente la conducta tiende a limitar la competencia. Sin embargo, los efectos en el mercado de una práctica, procedimiento o sistema pueden ser indicativos de que efectivamente dicha conducta tiende a limitar la competencia (...)".* Así las cosas, los análisis en materia de idoneidad dispuestos en dicho caso están alineados y son plenamente concordantes con los realizados en la presente actuación administrativa, por lo cual los argumentos en este sentido resultan infundados.

Por otro lado, los investigados señalaron que el hecho de que la Superintendencia de Industria y Comercio haya relacionado la conducta investigada con una situación que se asemeja a una colusión en licitaciones públicas por acuerdo en el precio no significa que la Autoridad se encuentre eximida de demostrar la idoneidad de la conducta.

En consonancia con lo anterior, señalaron que: (i) el Informe Motivado expresó que las consecuencias del actuar de las sancionadas son idénticas a las de una colusión en licitaciones públicas; (ii) la Resolución Sancionatoria manifestó que no es que resulten idénticas en su dinámica o devenir, pero que necesariamente cuentan con los mismos o similares efectos; y (iii) todo lo anterior es equivocado, pues la colusión en licitaciones públicas parte del postulado de independencia y autonomía entre las empresas que acuerdan un pacto ilegal, hecho que no aplica en el presente caso, pues **TECNICONTROL** no contaba con autonomía o independencia desde la firma del acuerdo de venta de sus acciones a **BUREAU INTERNACIONAL**.

Sobre el particular, se aclara que lo concerniente a la idoneidad de la conducta nunca se ha atado o vinculado con la similitud que existe en materia de efectos entre el comportamiento sancionado en la presente actuación y las colusiones en licitaciones públicas, por lo cual la primera aseveración, además de mostrarse confusa y fuera de contexto, resulta impertinente.

Por su parte, en relación con la similitud y diferenciación entre uno y otro comportamiento, simplemente se reitera lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria, en el sentido de que esta Superintendencia no considera que la conducta objeto de estudio, que constituye una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia económica, sea "idéntica" a una colusión en licitaciones públicas, pues es claro que esta última conducta se fundamenta en un

*“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”***VERSIÓN ÚNICA**

acuerdo horizontal entre competidores reales, supuesto que es claro que no se aplica en el presente caso.

No obstante lo anterior, es indiscutible para esta Autoridad que ambas conductas sí tienen características similares y que generan o podrían generar efectos equivalentes (casi idénticos), pues tienen lugar en el marco de procesos de contratación estatal, se sustentan en actuaciones coordinadas de proponentes, conllevan alteraciones del correspondiente proceso de adjudicación e implican limitaciones en materia de igualdad y transparencia para los demás participantes. En últimas, el hecho de que las colusiones en licitaciones públicas partan de la independencia y autonomía entre las partes y que el comportamiento que aquí se analiza se fundamente en una rivalidad aparente, no impide en absoluto que los efectos descritos se prediquen de ambos escenarios. En virtud de lo anterior, los argumentos resultan a todas luces infundados, por lo cual serán rechazados.

Finalmente, los investigados alegaron que el proceso de selección objeto de cuestionamiento hizo referencia a un solo contrato de servicios de HSE, entre las muchas operaciones que se realizan en el mercado de servicios de HSE.

Considerando que tal argumento está más ligado al tema de significatividad, se reitera al respecto lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria, en el sentido de que el análisis de significatividad de la conducta tiene relevancia solamente en el momento en que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia toma la decisión de iniciar o no una investigación administrativa, y en nada cambia el carácter ilegal de la misma. Por ende, si en gracia de discusión se llegara a la conclusión de que la conducta que se investiga en la presente actuación administrativa carece de significatividad, de ninguna manera podría traer como consecuencia el archivo de la investigación, por cuanto se insiste, la falta de significatividad no convierte en legal una conducta anticompetitiva, como la aquí demostrada.

Además, se reitera que el Despacho fue claro en señalar que el caso aquí investigado claramente sí es significativo, tanto por la conducta de que se trata como por el valor del contrato, que es superior a 27 mil millones de pesos. Así las cosas, el hecho de que la conducta abarque “un solo contrato” en comparación con las muchas operaciones que se realizan en el mercado de servicios HSE no tiene relevancia, pues ese solo contrato abarcó una conducta bastante grave en términos de libre competencia económica, desconoció los principios de la contratación estatal y comprometió recursos del estado para nada exiguos. Incluso, se pone de presente que el mercado en esta actuación es la misma licitación, lo cual corrobora la significatividad de la conducta investigada. Por ende, el argumento resulta infundado e improcedente.

3.2.2. Argumentos relacionados con la integración entre BUREAU VERITAS COLOMBIA y TECNICONTROL y los compromisos derivados de tal operación

Las empresas sancionadas sostuvieron en su recurso que la ausencia de competencia entre ellas no es reprochable desde la óptica del derecho de la competencia. Lo anterior, toda vez que, al responder a un mismo interés económico, **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **TECNICONTROL** no estaban obligadas a competir.

En la misma línea, señalaron que en el contexto de la adquisición de las acciones de **TECNICONTROL** por parte de **BUREAU VERITAS COLOMBIA**, el “Acuerdo de No Competencia” suscrito como resultado de la operación no estableció restricciones para que las sancionadas participaran en los mismos procesos de contratación. Dicho acuerdo lo que sí incluía era la obligación de **TECNICONTROL** de mantener un EBITDA durante la adquisición, de manera que el hecho de no participar en el concurso convocado por **ECOPETROL** conllevaba efectos negativos tanto sobre su EBITDA como sobre el proceso de venta de las acciones que estaba en curso.

En relación con estos argumentos, el Despacho considera pertinente resaltar que no fue la simple ausencia de competencia entre las empresas sancionadas lo que fue objeto de reproche en la presente actuación administrativa, sino el hecho de que estas se aprovecharan de tal circunstancia para simular rivalidad entre sí, con una clara intención de manipular un concurso de una entidad mayoritariamente estatal, y posicionar, a conveniencia, una propuesta que a la final beneficiaría a su controlante común (**BUREAU VERITAS INTERNATIONAL**).

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"***VERSIÓN ÚNICA**

Adicionalmente, la obligación derivada del contrato de compraventa de acciones consistente en mantener un EBITDA durante la operación de adquisición de ninguna manera podía ser entendida en el sentido de que **TECNICONTROL** debía ser presentada por su controlante en todo proceso de selección (como el que es objeto de estudio). La obligación concreta, en cambio, era que se debía discernir con criterio, y con el propósito de lograr los mejores resultados para la controlada, cuáles eran los procesos en los que debía participar y cuáles eran aquellos que no le convenían. Lo anterior, precisamente, para mantener en términos adecuados el mencionado indicador.

La obligación establecida en el numeral 6.03 del contrato de compraventa de acciones así lo acredita:

"6.03. Operación de las Compañías Durante el Período Post Cierre y Hasta que se Cause el Tercer Pago. Los compradores se comprometen a llevar a cabo la administración de las Compañías en el mejor interés de las mismas, de manera independiente, en cumplimiento de buenas prácticas comerciales y sin generar conflictos de interés con los accionistas o los administradores, de tal forma que el EBITA para efectos del Precio, se pueda obtener en condiciones razonables de gobernabilidad"³³.

A partir de lo anterior es posible concluir que **BUREAU VERITAS INTERNATIONAL**, en este caso, no estaba obligada contractualmente a soportar que **TECNICONTROL** se presentara en el proceso de selección No. 50025407, sino que debía analizar si esa decisión, teniendo en cuenta sus riesgos intrínsecos, era adecuada o no.

Además, aun si en efecto hubiera existido la obligación contractual de presentar a **TECNICONTROL** en todo proceso (incluyendo el objeto de estudio) so pena de generar efectos negativos sobre su EBITDA y sobre el proceso de venta de las acciones, lo cierto es que esa circunstancia no podría eximir a los agentes sancionados de la responsabilidad por el comportamiento restrictivo de la libre competencia económica en que incurrieron. Lo anterior, ya que la eventual existencia de tal deber contractual no podría prevalecer sobre la obligación legal que constituye el fundamento de la presente actuación administrativa: participar en los procesos de selección contractual respetando los postulados de la libre competencia económica, es decir, autónomamente, honrando los postulados de igualdad y transparencia, y con miras a garantizar la selección objetiva por parte de la entidad contratante.

De hecho, es claro para este Despacho que incluso en esa circunstancia los investigados tenían la posibilidad de cumplir tanto con su presunto deber contractual como con su ineludible deber legal: en cumplimiento del primero, habrían podido promover la participación de **TECNICONTROL** y, en cumplimiento del segundo, habrían podido decidir que **BUREAU VERITAS COLOMBIA** no participara en el proceso No. 50025407 o que tomara parte de ese concurso pero sin coordinar su comportamiento con **TECNICONTROL**.

En otras palabras, en caso de que **BUREAU VERITAS INTERNATIONAL** no estuviera en posibilidad de evitar que **TECNICONTROL** participara por el momento en que tuvo lugar el concurso por las razones aducidas, **BUREAU VERITAS COLOMBIA** sí estaba facultada para abstenerse de participar en el mismo concurso en el que estaba **TECNICONTROL**, o para hacerlo pero de forma realmente autónoma e independiente. En virtud de lo expuesto, el argumento se rechaza por resultar infundado.

Por otro lado, las empresas sancionadas señalaron que la participación de **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **TECNICONTROL** fue avalada por **ECOPETROL**, quien dio visto bueno a la participación de las empresas de forma simultánea en el proceso de selección. De hecho, desde el 2012, **TECNICONTROL** fue presentada como una empresa "**BUREAU VERITAS**", según información que fue publicada en diferentes páginas web del grupo. En la misma línea, pusieron de presente que la integración entre ambas empresas nunca fue ocultada ni a la Superintendencia de Industria y Comercio ni a **ECOPETROL**. De ello daría cuenta el trámite con radicado No. 12-078012 llevado a cabo ante esta Autoridad y que concluyó en la viabilidad jurídica y económica de la operación.

En respuesta a estos argumentos, es importante aclarar que lo que configura la conducta restrictiva de la competencia no es si la estructura de las empresas, como parte de un mismo grupo

³³ Folio 2141 reverso y 2142 del cuaderno reservado No. 1.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"***VERSIÓN ÚNICA**

empresarial, se mantuvo o no oculta, sino el hecho de que su comportamiento haya sido sistemáticamente coordinado y mancomunado en el marco del proceso adelantado por **ECOPETROL**, y que su participación haya sido concebida para simular competencia con el objetivo de generar ventajas competitivas. Al respecto, se pone de presente que si bien no existe reproche por el hecho de que las empresas del mismo grupo empresarial participen en un proceso de selección, sí resulta reprochable en términos de competencia que en el marco de tal participación los agentes económicos se muestren como si estuvieran compitiendo, cuando en realidad no existe ánimo concurrencial entre sí sino, por el contrario, un comportamiento coordinado encaminado a beneficiar a un controlante común.

Por ende, aun en los casos en los que la existencia del grupo y del control está formalmente registrada y publicitada, ello no resulta suficiente para desestimar la configuración de la conducta, pues incluso en esa hipótesis la actuación coordinada y dependiente constituye una práctica restrictiva de la competencia. Así las cosas, los argumentos se rechazan por improcedentes.

Adicionalmente, es preciso recordar la solicitud de aclaraciones que formuló **ECOPETROL** a **TECNICONTROL** antes de que ocurriera la primera evaluación de las ofertas, que tuvo lugar el 9 de mayo de 2013. Tal solicitud buscaba establecer si las personas jurídicas investigadas, en el marco del proceso de selección No. 5002540, habían incumplido lo normado en el numeral 1.14 de las **CGC** de **ECOPETROL**, que establecía que *"[c]ada proponente deberá presentar única y exclusivamente una propuesta"* y, en consecuencia, disponía que *"[e]l PROPONENTE (o sus integrantes, en el caso de PROPONENTE conjunto) no podrá ser socio de otra sociedad PROPONENTE o integrante de un PROPONENTE, o propietario de una empresa unipersonal PROPONENTE o integrante de un PROPONENTE"*³⁴.

Al respecto, vale la pena resaltar que las empresas sancionadas, además de ponerse de acuerdo sobre cómo responder dicha solicitud (lo cual en sí mismo es indicador de ausencia de competencia real), se limitaron a explicar que no son socias ni propietarias entre sí, obviando la aclaración sobre su control común y, sobre todo, lo concerniente a la gestión conjunta en la preparación de sus propuestas, lo cual en la práctica significaba que sus ofertas no eran del todo únicas y exclusivas de conformidad con las exigencias de **ECOPETROL**, ni autónomas e independientes de conformidad con los postulados de la libre competencia económica y de la contratación estatal.

Por ende, el hecho de que **ECOPETROL** le hubiera dado visto bueno a la participación de las empresas de forma simultánea en el proceso de selección no desvirtúa tampoco el carácter ilegal de la conducta, pues está claro que tal aval no abarcaba la preparación mancomunada de las ofertas ni la participación colaborativa entre los proponentes sancionados, ni mucho eximía a los participantes de cumplir con los deberes legales que les atañen por participar en este tipo de convocatorias. En virtud de lo expuesto, el argumento se rechaza por improcedente.

3.2.3. Argumentos relacionados con las características del proceso de selección No. 50025407 adelantado por ECOPETROL

BUREAU VERITAS COLOMBIA y **RENATO MACEDO DE CATRIB FILHO** manifestaron en su recurso que no es cierto que la conducta haya impedido que la oferta elegida sea la que ofrezca las mejores condiciones para el Estado. Lo anterior, toda vez que **ECOPETROL** no buscó seleccionar la oferta más económica y no hay evidencia de que en el aspecto técnico, o en cualquier otro aspecto del proceso de selección, no se haya elegido la oferta que ofreció las mejores condiciones.

Al respecto, explicaron también que el mecanismo de adjudicación tenía los siguientes componentes: (i) el económico que otorgaba máximo 600 puntos; y (ii) el técnico que otorgaba máximo 400 puntos. La empresa ganadora y la ubicada en el segundo lugar obtuvieron la máxima calificación en la evaluación técnica, por lo que el elemento diferenciador fue la evaluación del componente económico. Las mejores opciones para ganar el proceso las tenía el concursante cuyo valor de la propuesta fuera más cercana al valor de la media geométrica formada a su vez por todos los valores de las ofertas presentadas, y no aquella de menor valor.

³⁴ Folio 2005 a 2013 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente. Ruta: 03_TECNICONTROL_LINA_LIZARAZO.ad1\1\PHYSICALDRIVE0:Partition 3 [376938MB]:NONAME [NTFS][root]/correo/25junio2012.pst/Carpetas personales/Principio de las Carpetas personales/Elementos enviados/RV: Solicitud aclaraciones - Aporte de documentación Concurso Abierto No. 50025407./TECNICONTROL.pdf

*“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”***VERSIÓN ÚNICA**

En la misma línea, pusieron de presente que la argumentación expuesta en el Informe Motivado de que no hay pruebas que permitan comprobar que **BUREAU VERITAS COLOMBIA** no presentó la oferta con las “mejores condiciones para el Estado”, tenía por objeto demostrar que la conducta imputada no era idónea para afectar el propósito del bienestar de los consumidores establecido en la Ley 1340 de 2009.

Sobre el particular, se reitera lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria y en secciones precedentes, en el sentido de que comportamientos como el aquí analizado sí resultan idóneos para impedir que la oferta elegida sea aquella que ofrezca mejores condiciones para el Estado. Lo anterior, toda vez que el comportamiento coordinado de proponentes que se sustenta en una competencia y autonomía aparente conduce, en la práctica, a una menor presión competitiva que puede desincentivar la presentación de mejores ofertas y representar, en últimas, condiciones menos favorables para la entidad contratante. Esto, sin contar con la vulneración de los principios de transparencia, igualdad de oportunidades y selección objetiva que conllevan este tipo de prácticas y que se han señalado igualmente en apartes anteriores.

Además, el hecho de que en el proceso de selección no se hubiera buscado seleccionar la oferta más económica, o incluso el hecho de que, en gracia de discusión, la oferta ganadora de **BUREAU VERITAS COLOMBIA** hubiera efectivamente dispuesto las mejores condiciones para el Estado, no desvirtúa tampoco el juicio de reproche hecho por esta Autoridad, pues está claro que el fin no justifica los medios. En otras palabras, aun si la oferta ganadora hubiera sido la mejor, el hecho de que se hubiera valido de una estrategia coordinada de simulación de competencia hace que tal triunfo devenga en ilegítimo y que el actuar desplegado se califique irrefutablemente como ilegal.

Al respecto, se reitera que es la idoneidad de la conducta imputada de generar efectos adversos (disminución de la competencia en el proceso de selección) la que resulta censurable por la Autoridad por expresa disposición legal, y que esa idoneidad sumada a la efectiva aplicación del actuar coordinado y el alcance de los resultados esperados –como sucedió en este caso– indefectiblemente generan una modificación artificial de los resultados de la adjudicación correspondiente, que producen consecuencias negativas como la defraudación del interés público, la limitación de la participación de los demás proponentes que compiten de manera independiente y transparente, la generación asimetrías de información, entre otros aspectos, que la Autoridad no puede pasar por alto por el simple hecho de que la oferta ganadora haya ofrecido “buenas” condiciones para la entidad contratante. En virtud de ello, los argumentos se rechazan por improcedentes.

Por otro lado, **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **RENATO MACEDO DE CATRIB FILHO** manifestaron que las empresas que ofrecen el servicio HSE participaron libremente en el proceso de selección adelantado por **ECOPETROL**, y que la Superintendencia de Industria y Comercio no identificó hechos que permitan concluir que alguna empresa, distinta de las que atendieron la convocatoria, no pudo participar en el proceso de selección por causa de la actuación de **BUREAU VERITAS COLOMBIA**.

Al respecto, se recuerda que la conducta investigada correspondió a una presunta infracción a la prohibición general concretada mediante la simulación de competencia en un proceso de selección contractual, que se fundamentó en un actuar coordinado que buscó beneficiar a un controlante común. En virtud de ello, los esfuerzos probatorios de la Autoridad estuvieron encaminados a comprobar la implementación de tal comportamiento en particular, y no a demostrar qué otros proponentes pudieron verse obstruidos o afectados con tal actuar. Además, la presente investigación tampoco estuvo encaminada a demostrar efectos exclusorios provenientes de la violación de la prohibición general, pues ni la normatividad en la materia ni la imputación fáctica o jurídica de la presente actuación así lo exigieron. Por lo anterior, el argumento se rechaza por resultar a todas luces infundado.

Otro de los argumentos esgrimidos por los investigados es que la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció las políticas internas de **ECOPETROL**, las cuales sí prevén mecanismos de sanción que limitan la participación en futuros procesos o la castigan mediante reducciones en los puntajes como consecuencia de antecedentes negativos en la hoja de vida del proveedor. Al respecto, afirmaron que el antecedente que habría generado **TECNICONTROL** habría sido considerado grave por **ECOPETROL**, pues su política de gobierno corporativo y sus adhesiones a iniciativas internacionales de sostenibilidad corporativa lo obligaban a tener especial control sobre

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"***VERSIÓN ÚNICA**

aspectos relacionados con derechos laborales y principios de legalidad tanto al interior de la empresa como frente a su cadena de suministro.

Sobre el particular se reitera igualmente lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria, en el sentido de que no existe prueba de que **ECOPETROL** considere que el incumplimiento en los pagos al sistema de seguridad social podría acarrear sanciones que podrían limitar la participación en futuros procesos para los proponentes. En efecto, en ninguna de las normativas que creó para sus procesos de selección **ECOPETROL** incluyó el que un proponente sea descalificado por no acreditar el pago correspondiente al sistema de seguridad social como un comportamiento sancionable con inhabilidades para procesos de selección futuros.

Incluso, el dictamen pericial que elaboró **TATIANA DÍAZ MELO** y la declaración que rindió en la audiencia de contradicción de su experticia tampoco pudieron corroborar ese argumento. Al respecto se recuerda que la perito en su dictamen –sin sustento alguno– afirmó que **TECNICONTROL** habría decidido gestionar la habilitación de su propuesta aunque no tenía opción de ganar para evitar la imposición de sanciones como las que se han venido comentando. Durante su declaración, la perito afirmó que el sustento de su afirmación se encontraba en el capítulo 4 de las **CEC**, aunque cuando fue invitada a precisar el aparte específico, fue incapaz de señalar la regla que invocó. Por ende, se concluyó que la regla referida por la perito no existe, ni dentro de las **CEC** de **ECOPETROL** ni en ninguna otra disposición del ordenamiento jurídico colombiano.

Adicionalmente, aun si en gracia de discusión se hubiera demostrado la existencia de sanciones de esa naturaleza, lo cierto es que todo el material probatorio recaudado, valorado de conformidad con las pautas previstas en el artículo 176 del CGP, evidenció que la principal motivación que dio lugar al comportamiento de **TECNICONTROL** fue la coordinación que adelantaba con **BUREAU VERITAS COLOMBIA** con el fin de beneficiar a su controlante común, y no la existencia del eventual antecedente negativo por las presuntas políticas de **ECOPETROL** referidas. Por ende, el argumento se rechaza nuevamente por resultar infundado.

Por su parte, **TECNICONTROL** y **RENÉ OMAR PEDRAZA ACUÑA** sostuvieron que el subsistema normativo referencial del proceso de selección No. 50025407 de 2013 adelantado por **ECOPETROL** corresponde al derecho privado, independientemente de la naturaleza mixta de la Entidad. Así, no es cierto como lo predica el Informe Motivado que la ineficiencia que pudo ocurrir con la conducta se predique tanto de lo público como del régimen privado.

Al respecto, el Despacho pone de presente que tal argumento ya fue abordado suficientemente en el numeral **7.3.1.** de la Resolución Sancionatoria, donde se dejó claro que una correcta interpretación del estatuto de contratación estatal, de las disposiciones de la Ley 1118 de 2006 y de la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional y como del Consejo de Estado deja ver que **ECOPETROL** es una entidad de naturaleza pública cuya actuación comercial debe adecuarse a los principios y fines de la contratación estatal.

En esa oportunidad, el Despacho también aclaró que son los efectos y no el ámbito público o privado en el que tiene lugar la conducta lo que hace que la misma resulte indeseable a la luz de la libre competencia económica, pero que, en todo caso, lo que sí es cierto es que cuando los recursos involucrados en el proceso de selección tienen carácter público, el juicio de reproche es aún mayor, en la medida en que la afectación real o potencial de la conducta abarcará, además de los intereses de los demás proponentes y del adjudicatario correspondiente, el interés del Estado y de la colectividad en general.

En virtud de lo expuesto, se rechaza el argumento por resultar reiterativo y se les solicita a los investigados que se remitan a lo dispuesto en este sentido en la Resolución Sancionatoria.

3.2.4. Argumentos relacionados con la presunta caducidad de la conducta

BUREAU VERITAS COLOMBIA y **RENATO MACEDO DE CATRIB FILHO** señalaron en su recurso que: (i) ya operó la caducidad de la facultad sancionatoria, toda vez que han transcurrido más de cinco (5) años desde el último acto del cargo formulado por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución No. 47612 de 2016, es decir "*haber participado como agentes económicos autónomos e independientes sin serlo y sin actuar como tales*"; (ii) después del 26 de junio de 2013, **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **TECNICONTROL** no participaron simultáneamente en ningún proceso de selección, ni realizaron acción o coordinación alguna

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"***VERSIÓN ÚNICA**

relacionada con la supuesta practica objeto de investigación; y (iii) después del proceso de selección cuestionado, las compañías decidieron no volverse a presentar simultáneamente en otros procesos, motivo por el cual en el correo electrónico del 1 de agosto de 2013 se decidió que las propuestas superiores a un monto que se presentaran a nombre **BUREAU VERITAS COLOMBIA** o **TECNICONTROL** fueran revisadas por un comité de propuestas, integrado, entre otros, por los representantes legales de las referidas sociedades.

En la misma línea, **TECNICONTROL** y **RENÉ OMAR PEDRAZA ACUÑA** sostuvieron que, según el "Acto de Asignación del Contrato" dentro del Proceso de Selección No. 50025407 de que trata el presente proceso sancionatorio, el último hecho que implica una intervención por parte de **TECNICONTROL** y de su representante legal fue el 29 de mayo de 2013, fecha para la cual la compañía presentó su última replica al informe de evaluación con el objeto de ser readmitida al proceso de selección, antes de la adjudicación del mismo. Por ende, resultaría claro que la capacidad legal de la Superintendencia de Industria y Comercio para sancionarlos "precluyó".

Pues bien, en relación con estos argumentos, el Despacho aclara que la contabilización del término de caducidad de la facultad sancionatoria de la administración se hace tomando en consideración el momento a partir del cual cesaron los efectos generados con la conducta. Así, si en el respectivo proceso de selección contractual se logró la adjudicación del contrato como consecuencia de la práctica restrictiva de la competencia, como sucedió en el presente caso, el término de caducidad de la facultad sancionatoria debe comenzar a computarse a partir de la liquidación del contrato correspondiente, y si, por el contrario, no se logró la adjudicación del contrato estatal y le correspondió a un tercero, el término de caducidad se empezará a contar a partir del acto de adjudicación.

Sobre el particular, debe indicarse que tal y como se ha establecido en casos precedentes³⁵, es necesario tener en cuenta que las conductas anticompetitivas como las que se investigan en este caso no cesan con la simple presentación de las ofertas u observaciones coordinadas conjuntamente por las empresas, sino que se perpetúa en el tiempo mientras participan con confabulación o mancomunadamente dentro del respectivo proceso de contratación pública.

Aceptar que la conducta inicia y termina con la presentación de las ofertas o del interés de participar o de las observaciones, sin que el mantenimiento de su participación y la interacción con la Entidad pública de los investigados constituya la continuidad de su conducta, llevaría a desconocer que la presentación coordinada de una propuesta sigue constituyendo un comportamiento restrictivo y generando efectos en tanto se perpetúe la participación, más en casos como el aquí analizado en el que se actuaba conjuntamente desde la planeación de las estrategias, la presentación de interés, la formulación de observaciones e incluso la resolución de las mismas.

Por lo tanto, es claro que las conductas como las que aquí se investiga son conductas continuadas o de tracto sucesivo, que se prolongan hasta la adjudicación o hasta la liquidación del contrato respectivo, dependiendo de si resulta exitosa la estrategia de los infractores o no, tesis que incluso ya ha avalado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca³⁶.

Esta posición se ajusta plenamente al ordenamiento jurídico, pues si bien es cierto la ley solo prevé dos posibilidades para la contabilización del término de caducidad, que dependen de si la conducta restrictiva es de ejecución instantánea o de tracto sucesivo, lo cierto es que la teoría que presenta esta Entidad justamente tiene en cuenta que se trata, en casos como este, de una conducta de tracto sucesivo que no cesa hasta que termina la generación de efectos de la conducta y finaliza la afectación a los bienes jurídicos afectados con este tipo de comportamientos, a saber, la eficiencia del mercado, la libre participación de las empresas y el perjuicio al patrimonio público del Estado, que es el consumidor en este tipo de procesos.

Adoptar la tesis según la cual debería contarse la caducidad de la conducta a partir de la presentación de las ofertas o, a lo sumo, desde la adjudicación del contrato, sería tanto como conceder que en un acuerdo de precios en el que se encuentre un pacto específico para determinados productos en un periodo preciso, se cuente la caducidad desde la fecha en que se

³⁵ Entre otras, Resolución No. 83037 de 29 de diciembre de 2014, caso PAVIGAS.

³⁶ Entre otras: Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección "A", 3 de febrero de 2017. Proceso No. 250002341000201502144-00. Nulidad y restablecimiento de derecho. Demandante: Meltec Comunicaciones S.A. Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

hizo el pacto y no desde el momento en que los precios dejaron de ser consecuencia de dicho pacto, a pesar de que se encuentre probado que los precios son justamente los acordados.

Así las cosas, queda claro que cuando el proceso es adjudicado a un participante que compitió con estrategias restrictivas y anticompetitivas la conducta se perpetúa más allá del acto de adjudicación. Por lo tanto, la ejecución de la afectación a la competencia en este tipo de casos se sigue materializando hasta que finaliza la afectación en el mercado, que para el caso de ser adjudicados es su liquidación. Por ende, no cabe duda de que en la presente actuación administrativa no ha operado el fenómeno de la caducidad, por lo cual los argumentos se rechazarán por resultar infundados.

Por otro lado, **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **RENATO MACEDO DE CATRIB FILHO** manifestaron que la Superintendencia de Industria y Comercio no puede, sin violar el principio de congruencia, señalar que no operó la caducidad de la facultad sancionatoria, pues el cargo formulado en la Resolución No. 47612 de 2016 (Apertura de Investigación con Pliego de Cargos) se refiere exclusivamente al proceso de selección No. 50025407 y no a otros procesos en los que participaron simultáneamente **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **TECNICONTROL** durante el 2013. Sobre el particular, señalaron también que, si al derecho administrativo sancionatorio se le aplican los principios generales del derecho penal, es claro que se viola el debido proceso cuando no existe correspondencia entre los hechos objeto de la apertura de investigación y el hecho que dio origen a la sanción.

En la misma línea, **TECNICONTROL** y **RENÉ OMAR PEDRAZA ACUÑA** afirmaron que en el evento en que la Superintendencia de Industria y Comercio quisiera adoptar una tesis diferente sobre la caducidad de su capacidad sancionatoria, es menester tener en cuenta que el Consejo de Estado, en sentencia de la Sección Cuarta, señaló que es deber de las entidades administrativas aplicar en los procedimientos sancionatorios aquellas normas que favorezcan al administrado.

En respuesta a estos argumentos, se aclara que la Superintendencia de Industria y Comercio no ha variado su imputación respecto de lo dispuesto en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, pues su juicio de reproche ha versado constante e invariablemente en relación con lo acaecido en el proceso de selección No. 50025407 adelantado por **ECOPETROL**. Si bien es cierto que la Autoridad encontró demostrado que desde enero de 2013 las empresas sancionadas actuaron de manera coordinada y conjunta en otros procesos de selección, tal hecho se puso de presente a manera de contexto, para dar cabal explicación sobre la estrategia de coordinación que común y sistemáticamente empleaban las empresas sancionadas en un periodo de tiempo que, precisamente, coincide con el proceso de selección bajo estudio.

La contabilización del término de caducidad tampoco se hizo con base en esos otros procesos en los que se encontró que **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **TECNICONTROL** coordinaban igualmente su comportamiento pese a que simulaban competencia entre sí. Por el contrario, tal y como se puso líneas atrás, el cálculo de dicho término se ha hecho teniendo en cuenta el proceso de selección No. 50025407 adelantado por **ECOPETROL**, el cual fue efectivamente adjudicado a uno de las empresas infractoras y cuya liquidación no ha tenido lugar ni ha sido acreditada en la presente actuación. En virtud de lo expuesto, los argumentos se rechazan por resultar infundados.

3.2.5. Argumentos relacionados con la responsabilidad de las personas naturales

RENÉ OMAR PEDRAZA ACUÑA, Representante Legal de **TECNICONTROL**, sostuvo que los correos electrónicos citados en la Resolución Sancionatoria ni siquiera apuntan a su responsabilidad directa o indirecta frente a las normas de la competencia argüidas por la Superintendencia de Industria y Comercio. También afirmó que se le restringió su derecho a defensa, pues no fue escuchado durante el proceso. Por último, explicó que cuando una empresa toma el mando de otra atiende a las instrucciones del directivo que ha llegado a tomar control y no del saliente, por lo que no podría concluirse que su actuar fue permisivo ni tolerante, como se señala erróneamente en la Resolución Sancionatoria.

En respuesta a estos argumentos, se aclara que las personas naturales serán responsables siempre que exista prueba sobre una conducta activa que implique colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar actos encaminados a que el agente del mercado cometa la conducta infractora del régimen de libre competencia económica; prueba sobre una conducta pasiva que implique tolerar la comisión de una práctica anticompetitiva (como cuando teniendo conocimiento de la infracción, se omite adoptar

medidas para evitar que se realice o cese); o prueba de que la persona, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, conocía o por lo menos debió haber conocido o averiguar sobre la comisión de la conducta, de haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios.

Pues bien, en este caso se encontraron pruebas directas como la siguiente, que da cuenta de que **RENÉ OMAR PEDRAZA ACUÑA**, efectivamente, era conocedor de la estrategia de coordinación sistemática que las empresas sancionadas implementaban en los procesos de selección en los que participaban:

- Correo electrónico del 1 de agosto de 2013³⁷, en el que se apreció que las personas jurídicas investigadas, por orden de sus representantes legales, adoptaron como directriz que todas las propuestas –superiores a determinado monto– que fueran a presentar en el marco de procesos de selección serían revisadas por un comité que estaría conformado, entre otros, por el Representante Legal de **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y de **TECNICONTROL**.

También existen pruebas directas como la que se cita a continuación, que evidencia que **RENÉ OMAR PEDRAZA ACUÑA** no solo conoció sino que fue partícipe de la implementación concreta de tal esquema de colaboración en el proceso de selección objeto de estudio:

- Mensaje del 2 de mayo de 2013, correspondiente al asunto "*RV: Solicitud aclaraciones – Aporte de documentación Concurso Abierto No. 50025407*"³⁸, que evidencia que las empresas investigadas actuaron de manera coordinada específicamente en el proceso de selección objeto de estudio. Lo anterior, ya que el mensaje tenía la finalidad de recibir por parte de los representantes legales de **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **TECNICONTROL** la directriz para dar una respuesta al requerimiento de **ECOPETROL** de manera favorable a los intereses del denominado **GRUPO BUREAU VERITAS**.

Lo anterior, sumado a las múltiples declaraciones recibidas y a una valoración conjunta e integral de todo el material probatorio recaudado, llevó al Despacho a la convicción de que el investigado no solo conocía, autorizaba y direccionaba el comportamiento sistemático de coordinación que las empresas **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **TECNICONTROL** ejecutaron por lo menos por todo el 2013, sino que también conocía, autorizaba y direccionaba la conducta de simulación de competencia y coordinación que se presentó específicamente en el proceso de selección No. 50025407 adelantado por **ECOPETROL**.

Incluso, está claro para esta Autoridad que con ocasión de su rol como representante legal de la compañía, **RENÉ OMAR PEDRAZA ACUÑA** conoció o al menos debió conocer sobre las demás actividades de intercambio de información, coordinación y gestión conjunta que se demostraron particularmente en el proceso de selección No. 50025407 adelantado por **ECOPETROL**, en las cuales no se vio oposición o salvamentos de su parte, por lo cual no sirve alegar que hubiera actuado siguiendo las instrucciones del directivo que llegó a tomar control de la empresa. En virtud de lo expuesto, los argumentos relacionados con la falta de pruebas o fundamentos para imponer sanción se rechazarán por resultar infundados.

Por último, se rechaza de plano el argumento según el cual **RENÉ OMAR PEDRAZA ACUÑA** no habría sido escuchado en la presente actuación, cuando es claro que en las oportunidades procesales correspondientes ha presentado las observaciones y recursos correspondientes, ha participado en la práctica de las diferentes evidencias, ha aportado pruebas y refutado otras, entre otras gestiones que dan cuenta de la efectiva aplicación y garantía de su derecho de defensa y contradicción. Se aclara que el hecho de que no se acojan los argumentos de una parte investigada no equivale a decir que esta nunca fue escuchada en la correspondiente actuación.

³⁷ Folio 2005 a 2013 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente. Ruta: 01_TECNICONTROL_AUGUSTO_LIMA_CORREOS.ad1\1\PHYSICALDRIVE0:Partition 2 [287743MB]:Windows7_OS [NTFS][root]/Notes/Data/mail/mail01/alima.nsf/(\$Inbox)/Propuestas

³⁸ Folio 2005 a 2013 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente. Ruta: 03_TECNICONTROL_LINA_LIZARAZO.ad1\1\PHYSICALDRIVE0:Partition 3 [376938MB]:NONAME [NTFS][root]/correo/25junio2012.pst/Carpetas personales/Principio de las Carpetas personales/Elementos enviados/RV: Solicitud aclaraciones - Aporte de documentación Concurso Abierto No. 50025407.

3.2.6. Argumentos económicos presentados por los investigados

En primer lugar, **BUREAU VERITAS COLOMBIA** indicó que, de acuerdo con la teoría de los mercados de subasta, en los casos de "collusive tendering" y "bid rigging" el mercado relevante no siempre puede ser considerado el proceso licitatorio en sí mismo, pues esto solo sucede cuando cada contrato reviste características muy particulares, caso que no se predica en la presente actuación. Adicionalmente manifestó que, al realizar el análisis de sustituibilidad de la demanda, se haría evidente que el contrato transado en el proceso de selección analizado no es único e irrepetible, por lo que no puede decirse que el servicio es único y, por tanto, comporta un mercado relevante independiente definido como el proceso de selección.

Al respecto, el Despacho insiste en que en los casos de prácticas restrictivas de la competencia en procesos de licitación pública no es necesario realizar un ejercicio de definición de mercado relevante, toda vez que el mismo corresponde a cada proceso licitatorio. Por otro lado, considera pertinente reiterar que son las características del proceso mediante el cual se adquiere el servicio, en este caso una licitación, las que hacen que el mercado afectado por la conducta sancionada sea el proceso en sí mismo. Lo anterior, toda vez que, pese a que pueden existir servicios sustitutos, si quienes los prestan no están en la capacidad de participar en la convocatoria, los mismos pierden la característica de sustituibilidad para el proceso en cuestión. Así, no sería lógico ampliar la definición de mercado afectado pues, en el presente caso, la práctica anticompetitiva afectó directamente el proceso adelantado por **ECOPETROL**, cuyas condiciones delimitaron los agentes en capacidad de atender la demanda.

Teniendo en cuenta lo anterior, un análisis de sustituibilidad del servicio a contratar resultaría impertinente e inútil para efectos de definir el mercado relevante. El hecho de que existan otros contratos a través de los cuales se adquiere el mismo servicio no implica que, por un lado, tales contratos sean sustitutos del contrato objeto de análisis, y por el otro, que las condiciones para la prestación del servicio sean equivalentes en todos los contratos, de modo tal que los mismos agentes de mercado resulten capaces de participar en cada uno de ellos. Ahora bien, que un contrato pueda repetirse de forma periódica no garantiza que en todos los momentos del tiempo puedan participar en el proceso de selección los mismos agentes o que las condiciones para participar sean las mismas, con lo cual no es cierto que un proceso de selección adelantado hace 10 años le permita a la entidad contratante adquirir la prestación del mismo servicio con las mismas condiciones en la actualidad.

En efecto, en la Resolución Sancionatoria se indicó que: *"este Despacho considera absurdo pensar que la existencia de bienes o servicios sustitutos al demandado implique una definición más amplia del mercado. Lo anterior, debido a que en el marco del proceso se especifican las condiciones particulares del producto a contratar, razón por la que, aun existiendo productos sustitutos, si aquellos no cumplen con las condiciones establecidas por la entidad contratante, quienes los ofrecen no pueden ni siquiera participar en el proceso licitatorio"*³⁹.

Por todo lo anterior, los argumentos presentados por **BUREAU VERITAS COLOMBIA** sobre la definición de mercado no son de recibo por este Despacho.

En segundo lugar, los sancionados presentaron argumentos relacionados con el análisis económico de la conducta efectuado en la Resolución Sancionatoria. Dichos argumentos hacen referencia a que: **(i)** la evaluación del componente económico incluía un mecanismo constituido por el número de empresas participantes, el valor de cada propuesta y diez relaciones construidas a partir de la interacción de esas dos variables; **(ii)** la selección del ganador no se realizaba con base en la propuesta económica de menor valor sino con base en aquella cuyo valor fuera más cercano al de la media geométrica; **(iii)** la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció que la probabilidad y el grado de afectación de la media geométrica dependen de la dispersión de las propuestas y del número de proponentes; **(iv)** los porcentajes que componen el factor AUI no presentaron diferencias significativas entre propuestas pues todos los valores respondieron a un ejercicio de costeo que se realiza de forma habitual; y **(v)** la existencia de cercanía en las propuestas presentadas por las investigadas puede ser tanto indicativa de un comportamiento anticompetitivo para alterar la media geométrica, así como de una fuerte rivalidad entre ellas.

³⁹ Resolución No. 41412 de 2018, Pág. 49.

En virtud de los anteriores argumentos, **BUREAU VERITAS COLOMBIA** manifestó que el Despacho no tuvo en cuenta en su análisis que la conducta de la empresa sancionada no tenía un objeto anticompetitivo ni la intencionalidad de afectar la libre competencia en el mercado, que algunos de sus comportamientos correspondieron a conductas propias y normales de los oferentes en los procesos de contratación, y que existieron suficientes elementos del proceso que generaban incertidumbre, con lo cual **BUREAU VERITAS COLOMBIA** no podía predecir el comportamiento de sus competidores ni el resultado del proceso.

Frente a los argumentos señalados, este Despacho reitera, como se insistió en la Resolución Sancionatoria, que *"la ilegalidad de la conducta radica en el simple hecho de que los investigados hayan actuado coordinadamente para participar en el proceso"*⁴⁰. Así, independientemente de si existieron algunos factores que no podían ser controlados por las empresas, tales como el valor de las ofertas de sus competidores, el mecanismo de selección del ganador y el número de proponentes, variables que generaban ciertos niveles de incertidumbre, lo cierto es que el actuar de forma coordinada distorsionó la libre competencia económica y limitó la posibilidad de que **ECOPETROL** tomara la mejor decisión posible, con base en criterios de selección objetivo y en un marco de igualdad de oportunidades para todos los proponentes.

Ahora bien respecto del supuesto desconocimiento por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio de que la probabilidad y grado de afectación de la media geométrica dependen de la dispersión entre las propuestas y el número de proponentes, para este Despacho es obvio que independientemente del número de proponentes y de la dispersión de sus ofertas, presentar dos propuestas de forma coordinada sí tiene un impacto sobre el cálculo de la media geométrica, tal y como se concluyó en la Resolución Sancionatoria. Por lo anterior, se desconoce la razón por la cual se hizo dicha afirmación, cuando el alcance del análisis presentado en la Resolución Sancionatoria fue el de concluir que el actuar coordinado afectó la media geométrica sin llegar en ningún momento a caracterizar dicha afectación y establecer si su grado fue alto, medio o bajo.

Adicionalmente, para este Despacho no son de recibo las posibles razones, diferentes a la existencia de un acuerdo anticompetitivo, por las cuales existió cercanía entre las propuestas de las investigadas argumentadas por **TECNICONTROL**, pues existe evidencia suficiente en la investigación que da cuenta de que las propuestas fueron resultado de la coordinación entre las sancionadas y no, como erróneamente lo manifestó **TECNICONTROL**, de una fuerte rivalidad. Se reitera que lo que se reprochó no fue la cercanía entre las propuestas sino que la misma se debiera a un actuar coordinado y no independiente y unilateral por parte de cada empresa.

Por otro lado, en tercer lugar, **BUREAU VERITAS COLOMBIA** afirmó que el hecho de que **ECOPETROL** no haya seleccionado al ganador con base en la propuesta económica de menor valor, y el hecho de que no existan otros factores que configuren o confirmen que la participación de **BUREAU VERITAS COLOMBIA** en el proceso no permitió la escogencia de la propuesta con las mejores condiciones, permite concluir que no está acreditado que la conducta imputada haya afectado el bienestar de los consumidores.

Sobre el particular, el Despacho considera pertinente señalar que más allá de que el proceso no haya sido diseñado para escoger al ganador con base en la propuesta económica de menor valor, buscando así maximizar el bienestar de los consumidores, lo cierto es que la conducta se constituye como una violación al régimen de libre competencia económica por haber distorsionado las condiciones en las que **ECOPETROL** debió seleccionar al ganador del proceso. Así, independientemente de quien haya sido el ganador y de cuál haya sido su propuesta, dicho resultado no se derivó de un ambiente de libre competencia económica sino de un escenario con condiciones de mercado alteradas por parte de las sancionadas. Por lo anterior, el argumento presentado por **BUREAU VERITAS COLOMBIA** en nada modifica las conclusiones del Despacho respecto de la configuración del carácter anticompetitivo de la conducta desplegada por **BUREAU VERITAS COLOMBIA** y **TECNICONTROL**.

En cuarto lugar, **BUREAU VERITAS COLOMBIA** indicó que ni en la Resolución Sancionatoria ni en el Informe Motivado existe información sobre los niveles de eficiencia del mercado de servicios de HSE o de cualquier actividad económica asociada a dicho mercado que pudiera indicar que la conducta ejecutada por **BUREAU VERITAS COLOMBIA** afectó la eficiencia económica.

⁴⁰ Resolución No. 41412 de 2018, Pág. 50.

Frente a este punto, la Superintendencia de Industria y Comercio, tal como lo señaló en la Resolución Sancionatoria, se permite indicar que, en primer lugar, debido a que el mercado relevante está delimitado por la licitación en sí misma y no definido como el mercado de servicios HSE, no sería necesario ni relevante realizar un ejercicio de estimación de la eficiencia de dicho mercado. En segundo lugar, este Despacho le recuerda a la sancionada que la Autoridad de competencia no está obligada a realizar dicho análisis, por cuanto es suficiente demostrar que una conducta tenía por objeto la distorsión de la libre competencia económica. Por lo anterior, se rechaza dicho argumento.

Finalmente, respecto de la idoneidad de la conducta, **BUREAU VERITAS COLOMBIA** afirmó que dicho análisis estuvo ausente en la Resolución Sancionatoria, y que la Superintendencia de Industria y Comercio debió hacer un estudio sobre la definición, estructura y concentración del mercado relevante y, en particular, del poder de mercado de las sancionadas, haciendo uso de detalladas y precisas mediciones econométricas que también brillan por su ausencia, de acuerdo a la opinión de la sancionada.

Sobre lo anterior, esta Superintendencia ya se había pronunciado en la Resolución Sancionatoria en los siguientes términos: *"la idoneidad de afectación de la libre competencia que tienen las conductas contenidas en la prohibición general está dada por ley, por lo cual no es cierto que la Autoridad deba entrar a verificar los efectos o daños reales causados en el mercado para proceder a su correspondiente reproche y sanción"*⁴¹. En este sentido, resulta también impropio pretender que este Despacho adelante un ejercicio que incluya estimaciones sobre la definición, estructura y concentración del mercado relevante y, en particular, del poder de mercado de las sancionadas por cuanto dicho análisis poco o nada dice de la idoneidad de la conducta aquí investigada. Por lo demás, se recuerda que el numeral **3.2.1.** de la presente resolución abarcó los argumentos relacionados con la idoneidad y el carácter anticompetitivo de la conducta sancionada, por lo cual los sujetos investigados pueden remitirse a tal aparte para solventar cualquier otro aspecto relacionado con la materia.

3.2.7. Argumentos relacionados con la dosificación de las sanciones

Los sancionados presentaron argumentos sobre la dosificación de las sanciones impuestas respecto del impacto de la conducta en el mercado, la dimensión de esta última, los beneficios obtenidos por la realización de la práctica anticompetitiva, la conducta procesal desplegada, la proporcionalidad de las sanciones y el monto de las mismas respecto del patrimonio de cada uno de los investigados.

Sobre el impacto de la conducta en el mercado, los sancionados indicaron que no existe en la Resolución Sancionatoria ninguna prueba de que con la conducta sancionada se haya afectado al mercado en términos de libre competencia económica, esto es, en afectaciones a la eficiencia, al bienestar de los consumidores o a la libre participación de las empresas en el mercado.

Al respecto, este Despacho no coincide con lo manifestado por **BUREAU VERITAS COLOMBIA**, pues es evidente que la conducta desplegada por los sancionados alteró las condiciones de competencia en las que se desarrolló el proceso de licitación, aumentando las probabilidades de éxito propias y afectando de manera negativa la posibilidad de sus competidores de participar en las mismas condiciones. Con lo anterior, no resulta cierto que la conducta no haya afectado al mercado en términos de libre competencia económica, pues, además de viciar el proceso de selección y sus objetivos, limitó la libre participación de algunas empresas en el mercado.

Frente a la dimensión del mercado afectado, **BUREAU VERITAS COLOMBIA** argumentó que, dado que la Superintendencia de Industria y Comercio definió el mercado relevante como el proceso de selección en sí mismo, siempre existirá una dimensión igual al 100% del mercado, con lo cual este criterio de graduación de las sanciones perdería sentido.

Sobre el particular, esta Superintendencia encuentra que el argumento presentado por **BUREAU VERITAS COLOMBIA**, contrario a invalidar el análisis sobre el criterio de la dimensión del mercado afectado, reafirma la posición de la Autoridad. El hecho de que una práctica anticompetitiva en un proceso de licitación afecte el 100% del mercado, lo que confirma es la gravedad de este tipo de conductas y las consecuencias que estas pueden generar en los mercados. Ahora bien, no es cierto

⁴¹ Resolución No. 41412 de 2018, Pág. 12.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"***VERSIÓN ÚNICA**

que en los casos de prácticas anticompetitivas en licitaciones públicas el criterio de la dimensión del mercado afectado no tenga sentido, pues sería ilógico pensar que en cualquier conducta que afecte la totalidad de un mercado no debería aplicarse este criterio para la graduación de la sanción, cuando por el contrario es en ese tipo de casos que el criterio cobra mayor fuerza.

De otra parte, **BUREAU VERITAS COLOMBIA** afirmó que el hecho de que haya sido adjudicataria del contrato no implica que la empresa haya percibido beneficios sustanciales o significativos con la conducta imputada. Frente al mismo tema, **TECNICONTROL** añadió que la Superintendencia de Industria y Comercio tampoco probó si **TECNICONTROL** como tal se benefició de la adjudicación obtenida en cabeza de **BUREAU VERITAS COLOMBIA**.

Como ya se indicó en la Resolución Sancionatoria, es claro que durante la investigación se demostró que, *"además de los beneficios que implica la conducta frente a la inexistencia de incertidumbre respecto de uno de los "competidores", la estrategia anticompetitiva resultó exitosa y con ella se logró que la adjudicación beneficiara a los investigados al haberse otorgado a **BUREAU COLOMBIA** un contrato de más de \$27.000.000"*. En este sentido, no encontraría este Despacho un beneficio más sustancial que lograr ser adjudicatario de un contrato utilizando prácticas anticompetitivas. No obstante, resulta importante precisar que la Autoridad no está obligada a demostrar la magnitud de las utilidades para poder concluir que el actuar de los sancionados les generó un beneficio.

Ahora bien, frente al caso de **TECNICONTROL**, si bien es cierto que no fue quien resultó adjudicatario del contrato, se recuerda que la empresa hace parte de un mismo grupo empresarial, luego es claro que el hecho de que **TECNICONTROL** presentara una oferta como un competidor de **BUREAU VERITAS COLOMBIA** cuando en realidad no lo era resultó beneficiando al grupo empresarial y, en esta medida, indirectamente a **TECNICONTROL**. De hecho, el correo electrónico del 29 de mayo de 2013⁴², constituye una prueba de que, en el marco de la dinámica de coordinación establecida, el **GRUPO BUREAU VERITAS** no tuvo inconveniente en emplear la estrategia consistente en sacrificar a **TECNICONTROL** para lograr que **BUREAU VERITAS COLOMBIA** resultara favorecida en un proceso particular.

De acuerdo con lo anterior, este Despacho rechaza el argumento presentado por los sancionados sobre el beneficio obtenido por la conducta.

Respecto de la conducta procesal, **BUREAU VERITAS COLOMBIA** aseguró que mantuvo una buena conducta procesal a lo largo de la investigación, aspecto que, en su opinión, debió haber sido tenido en cuenta particularmente al momento de tasar la sanción impuesta.

Específicamente, **BUREAU VERITAS** señaló que la Superintendencia de Industria y Comercio debió concederle una reducción en la sanción como atenuante por haber reconocido de forma expresa que las empresas investigadas: (i) aunque son personas jurídicas diferentes, están bajo el control de **BUREAU VERITAS FRANCIA**; (ii) participaron simultáneamente en el concurso privado objeto de la presente actuación; (iii) compartieron información para participar en el proceso señalado; y (iv) que personas de **TECNICONTROL** prestaron asistencia a personal de **BUREAU VERITAS COLOMBIA** en la elaboración de las propuestas de concurso. Lo anterior, basado en el caso de **FAMILIA** en donde sí se aplicó dicho descuento. Añadió que, si bien la investigada nunca ha reconocido que su conducta haya constituido una práctica anticompetitiva, los hechos relacionados son el supuesto factico de la conducta calificada como anticompetitiva.

Por su parte, **TECNICONTROL** y **RENÉ OMAR PEDRAZA ACUÑA** manifestaron que la Superintendencia de Industria y Comercio debería corregir su valoración sobre la conducta procesal, pues, contrario a lo indicado en la Resolución Sancionatoria, dichos investigados sí reconocieron haber compartido información con **BUREAU VERITAS COLOMBIA** respecto de aspectos relativos a los componentes de los precios, pero que en ningún momento implicó la determinación final del precio.

Pues bien, respecto de la colaboración de las empresas durante la investigación, el Despacho se permite señalar que los hechos reconocidos por las investigadas resultaban evidentes en el

⁴² Folio 2005 a 2013 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente. Ruta: 03_TECNICONTROL_LINA_LIZARAZO.ad1\A\PHYSICALDRIVE0:Partition 3 [376938MB]:NONAME [NTFS]/[root]/correo/25junio2012.pst/Carpetas personales/Principio de las Carpetas personales/Bandeja de entrada/Equipos de Izaje

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"***VERSIÓN ÚNICA**

Expediente y no ayudaron en ninguna medida a esclarecer la comisión de la conducta, razón por la que tal reconocimiento no puede ser valorado por esta Superintendencia como colaboración con la Autoridad durante la investigación. Por el contrario, ambas empresas expresaron reiterativamente que su conducta no representó una práctica anticompetitiva, argumento que en conjunto con otra serie de afirmaciones realizadas durante la investigación, resultó desvirtuado. Teniendo en cuenta que dichas afirmaciones, que resultaron falsas, sucedieron en el marco del ejercicio del derecho de defensa de los investigados, la Superintendencia de Industria y Comercio evaluó la conducta procesal de los mismos como neutra. Por ende, es claro que los argumentos esgrimidos en este sentido resultan infundados.

Ahora bien, sobre la comparación entre la valoración de la colaboración de las empresas en el presente caso y la confesión de **FAMILIA** en el caso del cartel de papeles suaves, la misma no resulta procedente, pues la cooperación de **FAMILIA** en el caso citado, además de constituirse como una confesión explícita, incluyó el aporte de pruebas relevantes que le permitieron a la Superintendencia de Industria y Comercio esclarecer hechos y adelantar la investigación de una forma más expedita. De acuerdo con lo anterior, no puede entenderse que la simple aceptación de hechos que ya se encontraban probados en el Expediente y que no aportaron evidencia adicional a la ya existente resulte equivalente a la confesión y cooperación en el caso de **FAMILIA**. Así, no tiene ningún sentido que **BUREAU VERITAS COLOMBIA** compare su actuar y solicite, basado en dicha comparación, una reducción a la sanción impuesta.

En cuanto a la proporción entre las sanciones y los patrimonios de los investigados, **BUREAU VERITAS COLOMBIA** indicó que no se debió tomar un promedio de su patrimonio de 2013 a 2016, sino que se debería utilizar únicamente el patrimonio de la empresa de 2016, que es el que permite asegurar que la dosificación de la sanción se realice con un valor que refleje su capacidad de pago y su situación patrimonial real.

Al respecto, el Despacho considera de recibo el argumento de **BUREAU VERITAS COLOMBIA**, por lo cual procederá a modificar el monto de la sanción impuesta a la referida empresa, por una suma que represente el 30% de su patrimonio en 2016.

De conformidad con lo anterior, se modificará el numeral 2.1. del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la Resolución No. 41412 del 14 de junio de 2018, y se le impondrá a **BUREAU VERITAS COLOMBIA** una multa de **MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES SETENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS TREINTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.496.078.430.00)** equivalentes a **MIL NOVECIENTOS QUINCE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (1.915 SMLLV)**.

Esta sanción equivale al 30% aprox. de su patrimonio de 2016 y al 1,92% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

Por su parte, **TECNICONTROL** sostuvo que una sanción del 29,8% de su patrimonio afectaría a futuro la operación técnica y financiera de la empresa, incidiendo negativamente en su participación como jugador dentro del mercado. Sobre este punto, es importante destacar que de acuerdo con los estados financieros presentados por la empresa, no es posible predicar que, como resultado del pago de la multa impuesta, **TECNICONTROL** enfrente riesgos de pérdida de participación de mercado o de inoperancia en el mismo. Por lo anterior, se descarta el argumento.

Finalmente, **RENÉ OMAR PEDRAZA ACUÑA** indicó que, durante la investigación, no se solicitó su declaración de renta sino que se impuso una sanción equivalente a 250 SMLMV, mayor en términos absolutos a la del representante legal de **BUREAU VERITAS COLOMBIA**, y que resulta confiscatoria teniendo en cuenta la declaración de renta del investigado de 2016.

Frente al particular, es pertinente precisar que no es cierto, como lo indica el investigado, que durante la investigación no se haya solicitado su declaración de renta. De hecho, la dosificación de la multa tuvo en cuenta, entre otros factores, su capacidad financiera reflejada en la declaración de renta para el 2015. En cuanto a que la multa de **RENÉ OMAR PEDRAZA ACUÑA** fue superior a la del representante legal de **BUREAU VERITAS COLOMBIA**, la comparación resulta improcedente en la medida en que el monto impuesto atiende a criterios particulares de cada investigado. No obstante lo anterior, el Despacho procederá a modificar la sanción impuesta a **RENÉ OMAR PEDRAZA ACUÑA**, teniendo en cuenta su situación financiera en 2016.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"***VERSIÓN ÚNICA**

De conformidad con lo anterior, se modificará el numeral 4.2. del **ARTÍCULO CUARTO** de la Resolución No. 41412 del 14 de junio de 2018, y se le impondrá a **RENÉ OMAR PEDRAZA ACUÑA** una multa de **CIENTO SETENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$175.779.450.00)** equivalentes a **DOSCIENTOS VEINTICINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (225 SMMLV)**.

Esta sanción equivale al 11,25% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR el numeral 2.1. del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la parte resolutive de la Resolución No. 41412 del 14 de junio de 2018, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo, el cual quedará así:

"ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER a las sociedades responsables de violar la libre competencia las siguientes multas:

2.1. A BUREAU VERITAS COLOMBIA LTDA., identificada con NIT 800.184.195-9, una multa de MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES SETENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS TREINTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.496.078.430.00) equivalentes a MIL NOVECIENTOS QUINCE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (1.915 SMMLV).

(...)"

ARTÍCULO SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 4.2. del **ARTÍCULO CUARTO** de la parte resolutive de la Resolución No. 41412 del 14 de junio de 2018, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo, el cual quedará así:

"ARTÍCULO CUARTO: IMPONER las siguientes sanciones a las personas naturales responsables de violar la libre competencia:

(...)

4.2. A RENÉ OMAR PEDRAZA ACUÑA, identificado con la cédula de ciudadanía 79.396.104, multa de CIENTO SETENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$175.779.450.00) equivalentes a DOSCIENTOS VEINTICINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (225 SMMLV).

(...)"

ARTÍCULO TERCERO: CONFIRMAR en sus partes restantes la Resolución No. 41412 del 14 de junio de 2018.

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **BUREAU VERITAS COLOMBIA LTDA., TECNICONTROL S.A.S., RENATO MACEDO DE CATRIB FILHO y RENÉ OMAR PEDRAZA ACUÑA**, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

VERSIÓN ÚNICA

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **18 SEP 2018**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO



PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

NOTIFICAR

BUREAU VERITAS COLOMBIA LTDA.
NIT 800184195 - 9
RENATO MACEDO DE CATRIB FILHO
Cédula de Extranjería 383.017
Apoderado
JAIRO RUBIO ESCOBAR
C.C. 79.108.890
T.P. 35.306 del C. S. de la J.
Calle 94 A No. 13 - 34, Oficina 102
Bogotá D.C.

TECNICONTROL S.A.S.
NIT 860035996 - 1
RENÉ OMAR PEDRAZA ACUÑA
C.C. 79.396.104
Apoderado
MAURICIO IZQUIERDO ARGÜELLO
C.C. 79.356.906
T.P. 59.477 del C. S. de la J.
Carrera 11 No. 73 - 44, Oficina 404
Bogotá D.C.