



**MEMORANDO**

Versión 0

|               |   |                    |                 |
|---------------|---|--------------------|-----------------|
| <b>Fecha</b>  | Octubre 9 de 2017   | <b>Consecutivo</b> | GGE-OAJ-ME-0022 |
| <b>De</b>     | <b>LUISA FERNANDA MORA MORA</b><br>Jefe Oficina Asesora Jurídica                                  |                    |                 |
| <b>Para</b>   | <b>ANDRÉS ESCOBAR URIBE</b><br>Gerente General  |                    |                 |
| <b>Para</b>   | <b>SANDRA SAAVEDRA MOGOLLÓN</b><br>Gerente de Contratación  |                    |                 |
| <b>Asunto</b> | <b>PROPUESTAS PARA LA IMPLEMENTACION DE POLITICAS DE TRANSPARENCIA EN MATERIA DE CONTRATACION</b> |                    |                 |

Respectados doctores:

Con el objeto de aportar al área de contratación, algunos instrumentos que puedan ser de utilidad en los procesos de selección que se adelanten para la construcción y operación de la PLMB, pongo a su consideración las siguientes herramientas que pueden ser de utilidad para este importante proceso y todos aquellos en los que se quieran implementar estas buenas prácticas:

**I. Capacidad Jurídica:**

La Oficina Asesora Jurídica sugiere la confirmación real de ausencia de inhabilidades de los posibles proponentes, pues si alguna entidad pública no registra las multas impuestas, o las terminaciones de contratos por incumplimientos, no será posible contar con una información fidedigna de estas situaciones que limitan la capacidad jurídica de los posibles proponentes.

Si bien esta información debe estar publicada en el RUP, depende de la publicidad que realicen las entidades contratantes respectivas, situación que no puede ser controlada de manera efectiva por las respectivas cámaras de comercio. El RUES es un instrumento útil, pero depende del cumplimiento de las obligaciones de reporte a cargo de las entidades públicas que impongan las multas y declaren los incumplimientos.

Al respecto resulta importante tener en cuenta el pronunciamiento de la consulta a la Sala de Servicio de Civil del Consejo de Estado en lo que corresponde a la aplicación práctica de los principios constitucionales y legales para prevenir y sancionar los actos de corrupción en la contratación estatal.

*“Con el fin de prevenir y sancionar los actos de corrupción en las diferentes etapas de la actuación contractual, y sin perjuicio de la utilización de la vía judicial cuando quiera que se evidencie la posible vulneración del principio de moralidad administrativa, la Sala recomienda que las entidades estatales materialicen los principios analizados en este concepto adoptando, entre otras, las siguientes medidas:*

*7.1 En los estudios previos que sustentan la contratación, es inexcusable que las entidades estatales en los citados estudios no manifiesten explícitamente:*

*WJ*

*10 OCT 2017*



## MEMORANDO

Versión 0

- a. *El deber jurídico concreto que tienen de prevenir los actos de corrupción en la contratación estatal con base en la Constitución Política, la ley, los tratados internacionales y, en especial, con los principios de transparencia, buena fe, planeación, eficacia, precaución y moralidad administrativa;*
- b. *La necesidad para los intervinientes en la actuación contractual de observar la carga de conocimiento, esto es, determinar la calidad con la que actúa el proponente o contratista (persona natural o jurídica, nacional o extranjera, si actúa directamente o por medio de una sucursal en Colombia, si pertenece o no a un grupo empresarial, si se trata de una subsidiaria, filial o subordinada, la composición de su capital, si cotiza o no en bolsa, si es una empresa familiar, la idoneidad de sus representantes legales, entre otros aspectos), y*
- c. *La tipificación, estimación y asignación de riesgos, dentro de los cuales se destaca el de corrupción y la relación directa que existe entre este y los riesgos financiero, legal y reputacional, en un adecuado ejercicio del deber de planeación. La Sala profundizará sobre este aspecto en el capítulo siguiente.*

### 7.2. En los pliegos de condiciones y como parte integrante de la oferta:

- a. *Se podrá exigir a los proponentes que suscriban “pactos o compromisos de integridad”, por ejemplo, en el sentido de que estos, sus socios, representantes legales, matrices, o cualquier otro sujeto a ellos vinculados, no se encuentran comprometidos en actividades delictivas, o para el caso concreto de la consulta, en actos de corrupción, ni sujetos a investigaciones, medidas de aseguramiento o condenas por dichos actos de corrupción, lo cual incluye delitos como el soborno transnacional, lavado de activos, enriquecimiento ilícito, cohecho, entre otros, de conformidad con la ley penal colombiana y los tratados internacionales sobre la materia;*
- b. *Se deberá adjuntar, bajo la gravedad del juramento, “declaración de origen de fondos” en el que el proponente identifique la fuente de los recursos que comprometerá en la ejecución del contrato y su origen lícito, en concordancia con el artículo 27 de la Ley 1121 de 2007;*
- c. *Se exigirá, con base en la carga de conocimiento, la identificación plena y la calidad con la que actúa el proponente; la composición del capital social de la persona jurídica respectiva, con la inclusión exacta de los socios o accionistas; la existencia de pactos o acuerdos de accionistas; la información relativa a su pertenencia o no a un grupo empresarial, si se trata de una matriz, subordinada, o sucursal de sociedad extranjera, así como la de sus representantes legales;*
- d. *Se podrá exigir a los proponentes, entendidos como la persona natural o jurídica que concurre al proceso y sus representantes legales, que autoricen expresamente a la entidad para averiguar su información comercial y financiera en los bancos de datos públicos y privados.*
- e. *El derecho y el deber que tiene la entidad pública licitante de comprobar la veracidad de los documentos que soportan las exigencias anteriores, así como la facultad de solicitar toda la*



## MEMORANDO

Versión 0

*información adicional que a su juicio resulte necesaria para cumplir con su deber de prevenir actos de corrupción en la contratación estatal.*

*Como lo dijo la Sala en el Concepto 1992 de 2010, los requisitos mencionados en precedencia no otorgan puntaje, y por tanto, deben considerarse bajo el criterio de admisión o rechazo. Esto quiere decir que antes de la adjudicación debe estar verificado el cumplimiento de todas las condiciones del proponente y de la oferta, tanto las generales como las particulares del respectivo proceso de selección, de donde indudablemente se sigue que no será posible adjudicar el contrato al proponente que no haya cumplido con tales condiciones.*

*Ahora bien, en concordancia con el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, la Sala recomienda que los pliegos de condiciones reiteren expresamente que la entidad estatal podrá proceder a la revocatoria del acto de adjudicación cuando este se haya obtenido por “medios ilegales”, y que dentro de ese ámbito, los “actos de corrupción” se enmarcan dentro de la noción de “medios ilegales.”<sup>1</sup>*

Por último, resulta importante revisar previamente los posibles conflictos de intereses en los que pudieran estar incurso los posibles proponentes. Por tratarse de situaciones que afecten la objetividad en las decisiones presentes o futuras en las que debe prevalecer el interés público frente a intereses privados, surge la necesidad de buscar herramientas que faciliten su rápida identificación y tratamiento, además de la verificación de si esta situación o no afecta la capacidad jurídica del proponente o adjudicatario.

Se sugiere que se implemente un instrumento declarativo de (i) contratos o relaciones comerciales o financieras que no estén registrados en el RUP y (ii) nombre de accionistas, miembros de juntas directivas, administradores y revisores fiscales de las sociedades o estructuras plurales y sus respectivos vínculos comerciales que no estén incluidos en el Certificado de Existencia y Representación Legal, no solo que permita identificar los posibles conflictos de intereses que se presenten en la etapa precontractual, sino en la ejecución del contrato.

### II. Concentración en el mercado y prácticas colusivas:

Frente a la dinámica que de forma desafortunada enfrenta el sector de la infraestructura, además de la creación de grandes grupos empresariales, resulta importante contar con el acompañamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad que investiga, corrige y sanciona las prácticas comerciales restrictivas de la competencia y la competencia desleal.

### III. Obligaciones contractuales Contratos PLMB:

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS. 27 de agosto de 2015. Radicado número: 11001-03-06-000-2015-00129-00(2264)

