



MEMORANDO

Versión 0

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

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.”¹

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:

¹ 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)



MEMORANDO

Versión 0

A continuación retomamos las medidas recomendadas por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado² como aplicación práctica de los principios constitucionales y legales que permiten prevenir y sancionar los actos de corrupción en la contratación estatal:

- a. *La entidad incorporará en las estipulaciones contractuales la obligación a cargo del contratista de informar periódicamente la composición del capital social de la persona jurídica; la existencia de pactos o acuerdos de accionistas; su pertenencia o no a un grupo empresarial, si se trata de una matriz, subordinada, o sucursal de sociedad extranjera, así como la información relevante de índole jurídica, comercial o financiera, de la persona jurídica o de sus representantes legales, socios o accionistas.*
- b. *También se deberá proveer la información cuando tenga ocurrencia una situación que implique una modificación del estado de los riesgos existente al momento de proponer o de celebrar el contrato, como sería el caso de la existencia de investigaciones, medidas de aseguramiento o condenas proferidas en Colombia o en el extranjero.*

En todo caso, se establecerá que con base en las facultades de dirección y control del contrato, la entidad estatal podrá requerir la información que estime necesaria en cualquier momento, y que la omisión sobre el reporte y entrega de información será constitutiva de incumplimiento grave de las obligaciones del contratista. En este sentido, se recomienda pactar multas para conminar al contratista al cumplimiento de dichos deberes, en los términos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

- c. *Con el fin de proteger los intereses de la Administración, incluir condiciones resolutorias expresas por hechos u omisiones que, aunque no estén tipificadas como causales de inhabilidad o incompatibilidad, impliquen por parte del contratista o de las personas vinculadas a él actos de corrupción u otras circunstancias de las cuales se derive el aumento considerable de los riesgos para la entidad contratante o que vulneren los principios de la contratación estatal.*
- d. *En atención al riesgo de corrupción y a aquellos que se relacionan directamente con él, como son los riesgos financiero, legal y reputacional, entre otros, se estipulará la obligación expresa del contratista de mantener cubierto el estado del riesgo durante toda la ejecución del contrato, ofreciendo las garantías que resulten suficientes a juicio de la entidad estatal contratante.*

Adicionalmente, la Oficina Asesora Jurídica recomienda:

1. Incluir en los pliegos de condiciones de los procesos de selección que se aperturen para la construcción y operación de la PLMB, un acápite especial que procure el cumplimiento de la Ley 1712 de 2014, sugiriendo lo siguiente:

² 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)



MEMORANDO

Versión 0

- a. El contratista seleccionado deberá cumplir con la totalidad y postulados de la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional de conformidad con la Ley 1712 de 2014, sin que se limite a ciertos literales o numerales de la misma, evitando así que sólo se publique la información incompleta.
 - b. El contratista seleccionado deberá tener un sitio web que cumpla con todos los lineamientos definidos por el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y publicar en dicho sitio web la siguiente información, adicional a la requerida por la Ley 1712 de 2014:
 - i. El contratista que resulte adjudicatario deberá publicar los estados financieros y las inversiones, incluyendo tiquetes, viáticos y gastos de desplazamiento para ejecutar sus obligaciones contractuales.
 - ii. Todas las normas generales y reglamentarias, políticas, lineamientos o manuales, las metas y objetivos de conformidad con los servicios que prestan y los resultados de las auditorías al ejercicio presupuestal e indicadores de desempeño;
 - iii. Sugerimos que se incluya, dentro de la información publicada, aquella que tiene relación directa con su negocio, como la política de Gobierno Corporativo, reportes de peticiones, quejas y reclamos, política de atención al usuario, entre otros, incluyendo los requerimientos adicionales que en materia de publicidad de información determine y genere la Empresa Metro de Bogotá.
 - iv. Adicionalmente, el contratista deberá implementar un sistema de gestión documental que facilite la identificación, gestión, clasificación, organización, conservación y disposición de la información pública, desde su creación hasta su disposición final, con fines de conservación permanente o eliminación, aportando así al cumplimiento de la Ley 1712 de 2014. Con ello se previenen los riesgos asociados a la pérdida de documentos, falsedades y recobros indebidos, identificados por los órganos de control y esta Secretaría.
2. Recomendamos la inclusión de una cláusula de probidad en la minuta del contrato que se suscriba; para tal efecto sugerimos el clausulado propuesto por la ICC (Cámara de Comercio Internacional), en la que ha participado la Secretaría de Transparencia dentro de su programa EACA (Empresas Activas en Cumplimiento Anticorrupción)
 3. Sugerimos que se incluya la obligación de la elaboración y publicación de del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano y la matriz de riesgos del contratista, conforme a la metodología diseñada por la Secretaría de Transparencia en desarrollo del artículo 73 de la Ley 1474 de 2011.

IV. Pruebas de confiabilidad y evaluadores independientes

La Oficina Asesora Jurídica sugiere que los evaluadores de las propuestas sean sometidos a pruebas de confiabilidad (polígrafo); esta es una práctica que ha sido utilizada en el sector transporte por entidades como el INVIAS, la ANI y la Aerocivil. En todo caso, se requerirá de la anuencia del funcionario delegado en la participación voluntaria de esta práctica.



MEMORANDO

Versión 0

Otra alternativa puede ser la contratación de evaluadores independientes al sector de movilidad para aquellos eventos en los que la Empresa Metro determine que ésta puede ser una opción, frente a la dinámica del proceso de selección.

V. Implementación del Mecanismo de Denuncia de Alto Nivel (HLRM)

Dada la importancia de desarrollar mecanismos para la participación del sector privado en la prevención, identificación y persecución de casos de corrupción, la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República diseñó un Mecanismo para que cualquier interesado pueda presentar reportes de posibles actos de corrupción que tengan lugar en procesos de contratación pública. En una primera fase piloto, el mecanismo funcionó en los procedimientos de contratación directamente relacionados con la infraestructura, concretamente en los procesos de licitación de proyectos de concesión (4G) iniciados por la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) en el año 2013. Con posterioridad, en el año 2016, se continuó con la implementación de dicho mecanismo en los proyectos que ejecutaría dicha entidad mediante el esquema de Asociación Pública Privada (APP).

Se previó que en el evento de conocerse casos de corrupción, el interesado debía reportar la situación a la Secretaría de Transparencia para que ésta activara el Mecanismo y a un Comité de Expertos con el fin de revisar los documentos del proceso contractual a la luz del reporte.

Es importante destacar algunas conclusiones de la OCDE sobre la implementación del HLRM en Colombia y Ucrania³:

Los HLRM se basan en los siguientes supuestos: (i) los sobornos solicitados por los funcionarios públicos son perjudiciales para aumentar la competitividad del país; (ii) reducir las solicitudes de sobornos es necesario para mejorar las posibilidades de desarrollo de los países; (iii) la lucha contra este asunto requiere una responsabilidad compartida entre las autoridades públicas y las empresas, ya que es un problema para ambos y su reducción será para beneficio de todos; (iv) los esfuerzos concertados entre Gobiernos y empresas a través de un HLRM puede proporcionar una plataforma para que los empresarios y el Estado trabajen juntos para tratar más eficazmente estos problemas.

(...)

Si bien puede ser difícil transferir un mecanismo que opere eficientemente de un país a otro, el HLRM es en todo caso, una innovación institucional prometedora. En resumen, es un esfuerzo colectivo para proteger a las empresas contra presiones injustas y arbitrarias y reducir la corrupción. Dentro de este contexto, puede considerarse una contribución importante de requerimientos Internacionales para la prevención y lucha contra el soborno. El tiempo dirá si los HLRM tienen éxito en este esfuerzo.

Esta oficina asesora considera que el proyecto de la PLMB resulta el escenario propicio para implementar el mecanismo con el apoyo de entidades como Colombia Compra Eficiente y la Secretaría

³ Working Papers Series, OCDE, High Level Reporting Mechanisms in Colombia and Ukraine. Frederic Wehrle. Agosto de 2015



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
MOVILIDAD
Metro de Bogotá S.Á.

MEMORANDO

Versión 0

de Transparencia de la Presidencia de la República, además del acompañamiento de los organismos de control.

VI. Evaluación de riesgo de sociedades locales y extranjeras

Ante la probabilidad de que en los procesos de selección que se aperturen concurren sociedades extranjeras, resulta importante evaluar la posibilidad de utilizar mecanismos que permitan conocer las realidades económicas y financieras de los posibles proponentes, especialmente la inclusión en listas de financiación al terrorismo, o lavado de activos, así como los riesgos reputacionales que no son conocidos en el territorio colombiano.

Es importante analizar el riesgo financiero, el cual se impactaría ante posibles actos de corrupción de personas jurídicas vinculadas con proponentes y contratistas.⁴

En efecto, los Documentos CONPES 3107 de 2001 y 3714 de 2011 definen los criterios y componentes del riesgo financiero y de financiación. Para tal fin, el principio de conocimiento del cliente propio del sector financiero, a juicio de esta Oficina, deberá trasladarse al escenario contractual, con el objeto de verificar que los posibles contratistas tengan la suficiencia de financiación, un riesgo *reputacional, legal o de contagio*⁵ que impida o dificulte ostensiblemente el financiamiento requerido para cumplir con el objeto contractual.

La presente comunicación tiene la naturaleza de un concepto jurídico; constituye un criterio auxiliar de interpretación, de conformidad con lo establecido por el artículo 26 del Código Civil y el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,



LUISA FERNANDA MORA MORA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

⁴ "De esta manera es claro que de tiempo atrás se ha contemplado en la contratación estatal el riesgo de corrupción como previsible y, por lo mismo, las entidades contratantes deben gestionarlo en los términos del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, con mayor razón cuando dicho riesgo impacta también el riesgo financiero según ya se ha planteado, aspecto que se profundiza a continuación."

⁵ Definidas en la Circular Básica Jurídica, Parte I. Instrucciones generales aplicables a las entidades vigiladas. Título IV Deberes y responsabilidades. Capítulo IV: instrucciones relativas a la administración del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo