

MEMORIAL
REPRESENTANTE ESTHER CECILIA CEPEDA LOPEZ
ENTIDAD FUNDACIÓN RESCATANDO



La FUNDACIÓN RESCATANDO, a través de su apoderada, hace uso de su derecho a réplica dentro del traslado de informe de habilitación de la Convocatoria Pública para la Actualización de la Lista de Oferentes Habilitados PAE No.005 de 2011 del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, en fecha 9 de febrero de 2011, en el cual se establece que la verificación jurídico cumple; verificación financiera cumple; verificación de experiencia no cumple; concepto general no cumple, siendo aun más específicos en cada uno de los cuadros de los contratos por experiencia aportados se destaca el comentario-observación de la siguiente manera.. "Tal como lo establece el pliego de condiciones de la presente convocatoria, no se tomará como experiencia adquirida la que se dé en virtud de la subcontratación bajo ninguna modalidad, indistintamente de la forma empresarial o contractual, con la que se pretenda catalogar dicha figura. (Remitirse a la Observación del 28 de Diciembre de 2011 publicada en la página Web www.icbf.gov.co)". Si bien es cierto que dicha observación manifestó el hecho de que cada contrato remitido, para su estudio y análisis por parte del ICBF, fue en virtud de la figura de la subcontratación y que dicha manifestación fue expuesta como falta del componente de experiencia según lo establece el título III numeral 3.3.3.; la respuesta dada dentro de la observación se centro en el hecho de que la subcontratación es el negocio jurídico por medio del cual el CONTRATISTA de una entidad pública solicita la intervención de un tercero..... una vez definido encontramos que se remiten a la sentencia del Consejo de Estado donde obra como Consejero Ponente el Dr. Alier Eduardo Hernández Enriquez, Radicación No. 11001-03-26-000-2001-0062-01 donde establece que " el contrato estatal es Intuitio personae", es de aclarar que la misma sentencia establecen uno de sus apartes la individualidad de cada uno de los sujetos de derecho y estos sujetos son distintos, autónomos e independientes , y si participan en un proceso licitatorio como oferentes personas jurídicas es claro que la administración al aplicar los procedimientos de selección objetiva pondere la capacidad técnica, administrativa y financiera de la persona jurídica como tal, no así de cada uno de los socios. Habla del contrato de sociedad en su artículo 89



del Código de Comercio donde se limita no solo grado de participación, vinculación o pertenecía al mismo, y se refiere directamente al acto administrativo de la CESION DEL CONTRATO, es aquí donde la sentencia antes mencionada hace directamente referencia sobre la expresión latina INTUITO PERSONAE, del artículo 1630 del Código Civil, la Sala hace un análisis claro y específico, estableciendo que " LA CLASIFICACION DE INTUITO PERSONAE QUE SE PREGONA DE LOS CONTRATOS ESTATALES NO SE REFIERE A LA NOCION QUE EN SENTIDO ESTRICTO CORRESPONDE A DICHO VOCABLO"; es aquí donde la administración tiene prohibido seleccionar al contratista desde un punto de vista subjetivo, es deber de esta la selección objetiva según el artículo 29 de la Ley 80 de 1993. Todas las condiciones objetivas de la administración deben estar basadas en los hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, plazo etc., y se aplica por ejemplo a la figura de la CESION DE LOS CONTRATOS, que implica la sustitución en la persona del contratista. La observación hace un recuento de los contratos presentados por la FUNDACION RESCATANDO, y toman como decisión de que la contratación se infiere de los vocablos CONTRATANTE- CONTRATISTA, situación que para nada aclara, el hecho de ser catalogados como EXPERIENCIA NO CUMPLE, si bien es cierto los contratos antes señalados tiene estas expresiones que ante todo son catalogadas como imprecisiones conceptuales toda vez, que la misma palabra contratista puede referirse indistintamente tanto a la entidad empleadora, o empresa, como a los sujetos empleados trabajadores, esta son expresiones corrientes que buscan denominar una forma de relación laboral independientemente de que surja la vaguedad respecto de la naturaleza de la acción, puesto que el cuerpo del contrato de apoyo o de asociación que la FUNDACIÓN RESCATANDO realizo a través del tiempo con las demás FUNDACIONES, fue siempre catalogado como de asociación, personas jurídicas sin ánimo de lucro, amparados en la Constitución Nacional como orientadores de la participación de los ciudadanos en la vida política, económica y administrativa de la Nación, además de estar tipificado en el artículo 122 del decreto 2150 de 1995 y dentro del Pliego de Condiciones numeral 3.1.1 Modalidad de Participación, que se buscaba era una ayuda logística donde la alianza era estrictamente estratégica y comercial, donde existe puntos que para nada tiene que ver con una



subcontratación puesto que a la simple lectura de los mismos nos remitimos y lo que se buscaba era el riesgo compartido de las antes nombradas FUNDACIONES. En el decreto 4828 de 2008, de fecha 24 de diciembre, se manifiesta el régimen de garantías en la contratación de la Administración Pública, en su artículo 2 menciona los mecanismos de cobertura de riesgo donde dice que la garantías deben ser otorgadas por todos los integrantes del proponente plural. De la simple comparación se puede definir, que la subcontratación constituyen empresas independientes de la del oferente donde podía originarse un claro incumplimiento de las obligaciones donde las indemnizaciones por daños y perjuicios no tuviesen piso jurídico, caso que no presenta la FUNDACIÓN RESCATANDO, y sus contratos de asociación con las demás Fundaciones, puesto que el riesgo es compartido para crear una asociación de tipo cooperativo con un apoyo mutuo de la satisfacción final del beneficio social.

En el Punto 2.2. REGIMEN JURIDICO APLICABLE del Pliego de Condiciones se hace alusión a una serie de sentencias que orienta el CONTRATO DE APORTE, en la primera sentencia del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 11 de agosto de 2010, establece las características del contrato de aporte dentro del punto iii, se dice todos los contratos estatales se requiere que medie una contraprestación a favor del CONTRATISTA; en el punto iv habla del contratante y del CONTRATISTA, establece que el contrato de aporte es un contrato estatal especial suscrito entre el ICBF y un CONTRATISTA.. además habla de quien se vincula al negocio en una participación de capital o de especie, que se traslada de manera definitiva o temporal a favor del CONTRATISTA.

El artículo 209 de la Constitución Nacional, y de la reglas contenidas en la ley 80 de 1993, habla de la selección del CONTRATISTA. Ahora bien " el contrato de aporte no solo difiere sustancialmente de cualquier otro negocio jurídico en su objeto sino de igual manera en su causa, toda vez que la actividad que se asume por el CONTRATISTA (OBJETO) es de carácter esencial y de especifica relevancia para la sociedad y el estado". Cuál es nuestro asombro al notar que existen dentro del mismo pliego de condiciones aseveraciones clara y contundentes, en cuanto a la expresión CONTRATISTA, no puede ser una razón de peso



jurídico el hecho de que los contratos de asociación realizados por la FUNDACIÓN RESCATANDO y las antes mencionadas Fundaciones enumeradas como experiencia, deban ser calificados de subcontratación por el simple hecho de una connotación de tipo lingüístico, que es ante todo el lenguaje habitual utilizado por todos. Aun así dando a entender el hecho de que la palabra contratista se encuentra más de una vez referida en el pliego de condiciones, me remito exactamente a la minuta del contrato de aporte en su vigésima segunda cláusula la cual especifica la CESION DEL CONTRATO Y LA SUBCONTRATACION, siendo claros que el ejemplo de la observación realizada en fecha 28 de diciembre de 2011, a la FUNDACIÓN RESCATANDO, hace alusión a que el INTUITO PERSONAE, del que se habla trata de la figura Jurídica llamada CESION DEL CONTRATO, reforzamos esta aseveración demostrando que en el anexo No. 2 véase el Contrato de Integridad se nombra al CONTRATISTA, en repetidas ocasiones.

Dentro de la oferta que se presento para la fase II Ronda 3, La FUNDACIÓN RESCATANDO, anexó dentro de la misma unas actas aclaratorias de los contratos que han sido tachados sin revisión alguna por parte del ICBF, donde se hacía alusión a la subsanación del componente EXPERIENCIA, puesto que "los proponentes que se presentaron inicialmente y NO CUMPLIERON, con alguno de los requisitos exigidos dentro del pliego de condiciones de la convocatoria pública no. 005 de 2011 y fueron calificados como NO CUMPLE, podrán presentar subsanación de documentos siempre y cuando la calificación dada como no cumple sea susceptible de subsanación", la Fundación Rescatando, hace uso de la subsanación de los contratos de asociación expuestas para el análisis del ICBF, pero debe dejarse en claro que esta llamada subsanación fue antes que nada por la falta de investigación y profundo análisis de la ADMINISTRACION, puesto que no existió nunca una posible inferencia de SUBCONTRATACION, por parte de nosotros como FUNDACIÓN RESCATANDO, es tanto la extrañeza que en años anteriores esta misma experiencia fue validada y verificada por este mismo INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR en otras licitaciones, ganadas y cumplidas a cabalidad, "El ICBF ratifica su



postura respecto a la validación de experiencia con contratos debidamente liquidados, teniendo en cuenta que esto garantiza el debido cumplimiento del objeto contractual y obligaciones pactadas dentro los respectivos contratos; en razón que únicamente se tendrá en cuenta la experiencia satisfactoria acreditada por el proponente, lo que determina que solo en contratos terminados y liquidados se ha verificado por las entidades contratantes el cumplimiento a satisfacción."

El proceso de habilitación de los oferentes al programa de alimentación escolar se encuentra diseñado con el objeto de verificar la capacidad técnica, financiera y operativa de los posibles oferentes, toda vez que los mismos deben ser idóneos y contar con la experiencia requerida, lo cual garantiza una ejecución integral, oportuna, eficiente y eficaz, razón por la cual no es dable tener en cuenta experiencia en la cual el contratista ha sido objeto de imposición de sanciones, para determinar su capacidad en experiencia para habilitar cupos de alimentación escolar.

Dentro del punto 2.4.1. de la convocatoria pública 005 de 2011, establece que puede haber ampliación en razón de la experiencia, la Fundación Rescatando, presenta dentro de su oferta un certificado adicional suscrito entre el gerente de Productora de alimentos limitada PROALIMENTOS LIMITADA, donde la FUNDACIÓN RESCATANDO, donde se hace un suministro de alimentación para los trabajadores de la empresa ECOPETROL S.A., de fechas 19 de julio de 2005 al 24 de diciembre de 2005, del 25 de diciembre al 01 de diciembre de 2006, esta adición se presentó con el fin de ampliar los cupos obtenidos y/o acreditar experiencia, es de revisar que en el mismo informe de habilitación de fecha 9 de febrero de 2012, no hace el ICBF, alusión al mismo en la casillas de comentarios, es de suma importancia saber si el ICBF, como esta nueva ampliación de experiencia, tiene en cuenta a la FUNDACIÓN RESCATANDO, puesto que el mismo pliego habla de que los proponentes habilitados en Fase I, pueden presentar hasta dos certificados de contratos adicionales.

Si se toma en cuenta cada una de estas aseveraciones se llegara a notar que existe un claro y marcado fundamento de violación Normas consagradas en la ley 155 de 1959 decreto 2153 de 1992, donde se establecen los actos o acuerdos y causales de abuso de posición



dominante que se consideran contrarios a la libre competencia, si el pliego mismo marca la pauta a seguir tanto por el estado como los particulares que queremos contratar libremente, las políticas de protección de la competencia son igualitarias y equivalentes para todos.

Fueron tantos los ataques que en la fase anterior sufrió la FUNDACIÓN RESCATANDO, que ustedes el ICBF, en la observación no. 167 del 18 de diciembre de 2011, en la respuesta pertinente ustedes llamaron **presuntas inconsistencias**, a lo referido, si se realizara un exhaustivo análisis de esta convocatoria, la FUNDACIÓN RESCATANDO sufrió grandes improperios, de los cuales nunca se llegó a probar nada, pero que si dejó un manto de duda que hasta estos momentos llevamos a cuesta, pues estamos siendo señalados, por la simple razón de "**que existen variedad de acotaciones de la misma índole (Contratista- contratante), consignadas en los contratos que soportan la experiencia específica el proponente**"

Petición: De acuerdo a la anterior exposición de motivos, sustentada en los principios legales exigidos por la ley, le solicitamos a ustedes se nos reconozca nuestra experiencia, al igual que se hizo en años anteriores.

Agradecemos su atención al respecto, y teniendo de presente el principio fundamental del derecho a la IGUALDAD, y al artículo 29 de la Constitución Nacional derecho al debido proceso y derecho de defensa, sus atentos servidores.

ATENTAMENTE,

Esther Cepeda Lopez
ESTHER CECILIA CEPEDA LOPEZ
C.C. 1.042.422.684 DE SOLEDAD/ATLANTICO
REPRESENTANTE LEGAL
FUNDACIÓN RESCATANDO

RESPUESTA AL DERECHO DE RÉPLICA REMITIDO POR LA FUNDACIÓN RESCATANDO.

Con la finalidad de aclarar las inquietudes expuestas por el peticionario se indica lo siguiente:

El pliego de condiciones establecido para efectos de la convocatoria pública N° 005 de 2011 prevé en el numeral 3.3.3 las reglas para la valoración de la experiencia y el literal b) contempla: *“No se tendrá en cuenta como experiencia adquirida la que se de en virtud de la Subcontratación, bajo ninguna modalidad.”*

En cuanto al alcance del concepto de la figura de la subcontratación nos permitimos hacer las siguientes precisiones:

Se entiende por subcontratación: *“Contrato que una empresa hace a otra para que realice determinados servicios, asignados originalmente a la primera.”* (DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA- vigésima segunda edición)

Algunos autores como López Villas, en aras de definir el subcontrato indica que es: *“contrato derivado y dependiente de otro anterior de su misma naturaleza que surge a la vida como consecuencia de la actitud de uno de los dos contratantes el cual en vez de ejecutar personalmente las obligaciones asumidas en el contrato originario se decide a contratar con un tercero la realización de aquellas en base (SIC) al contrato anterior del cual es parte”* por su parte, Baeza Campos describe al subcontrato como: *“aquel contrato en virtud del cual una parte transfiere a otra, por vía de una sucesión constitutiva, derechos u obligaciones que han nacido para ella de una relación contractual previa, sin que esta última relación se extinga”* Como se puede apreciar resulta crucial en la configuración del subcontrato la noción de dos contratos coexistentes sucesivos y vinculados entre sí: *el contrato base, originario o básico y el subcontrato o contrato derivado”* (Urbina, 2006)

Así las cosas, se puede inferir que el subcontrato es aquel que se suscribe con la finalidad de llevar a cabo el cumplimiento del objeto de un contrato suscrito con antelación.

Es importante aclarar que la naturaleza de los contratos estatales son Intuitio Personae, al respecto el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades ha precisado que *“el contrato estatal se celebra intuitio personae en cuanto el contratista es elegido en consideración a que sus condiciones objetivas (hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos), son los más favorables a la administración y por lo tanto es su obligación asegurarse de que dichas condiciones se mantengan, para lo cual resulta válido, por ejemplo, condicionar la cesión del contrato a que el cedente, contratista originario, cuente con su previa autorización(...)”* (C. E., Secc. Tercera, Sent. 21845, febrero 07/02, C. P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez) lo anterior no quiere decir que la figura de la subcontratación no sea asentida dentro de la contratación estatal, si bien es cierto, aunque la ley 80 de 1993 (Estatuto General de la Contratación Pública), expresamente no regula la figura de la subcontratación administrativa, si permite que algunos particulares puedan subcontratar con el fin de desarrollar algunas actividades que conduzcan a la correcta y plena realización del objeto contractual.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no desconoce que de esta manera se pueda llevar a cabo de una forma adecuada la realización de las diferentes actividades previstas

en el objeto contractual. Sin embargo para efectos de la presente convocatoria el pliego de condiciones estableció de manera clara y precisa que no se tendrán en cuenta como experiencia aquella que se derive de una subcontratación bajo ninguna modalidad.

Cabe aclarar que el fundamento de la decisión de no tener en cuenta como experiencia los diferentes contratos presentados por la Fundación Rescatando no radica precisamente en el alcance de la definición etimológica de los vocablos CONTRATANTE-CONTRATISTA, la razón se desprende del análisis del aspecto sustancial establecido en los contratos presentados por esta fundación.

Teniendo en cuenta que en reiteradas oportunidades el ICBF se ha pronunciado al respecto especificando cada uno de los contratos mencionados, en esta ocasión se cita a manera de ejemplo el contrato N° 001 de 2006 para lo cual se traerá a colación dos aspectos que son característicos de todos los contratos presentados; el objeto y el plazo, el objeto contemplado en el contrato mencionado es:

“el presente contrato tiene como objeto el suministro de alimentación para niños, niñas, adolescentes escolarizados y adulto mayor, de acuerdo a una minuta patrón y ciclos de menús preestablecidos entregados al consumidor final, en la modalidad de desayunos, almuerzos y alimentación adulto mayor que el CONTRATANTE ha celebrado con el Municipio de Maicao, Departamento de la Guajira. (lo subrayado no hace parte del texto original)

De igual manera se establece que el plazo del presente contrato es:

“la duración del presente contrato es desde el 05 de enero de 2006 al 16 de noviembre de 2007, o sea el mismo plazo acordado con el municipio de Maicao y con el mismo objeto en caso de renovación y prorrogas o nuevo contrato con tal Municipio u otros Municipios cuyo objeto sea el mismo, operará en las mismas modalidades al presente acuerdo y así lo aprueban expresamente las partes, para ellos bastará hacer otro si, al respecto y tendrá el carácter de un tracto sucesivo contractual sin solución de continuidad, pero para los efectos de este contrato, en cuanto a plazo, será igual al tiempo entre el CONTRATANTE con el municipio de Maicao, Departamento de la Guajira y en los términos y condiciones establecidos en el respectivo contrato con el Municipio ya mencionado.”

De lo anteriormente citado se desprende que el mencionado contrato fue suscrito como bien lo indica, de conformidad con lo establecido en el contrato celebrado con el Municipio de Maicao, y el cual depende del mismo en cuanto a los términos y condiciones establecidas. Lo cual indica que el contrato de asociación logística se constituye con el fin de llevar a cabo un contrato que fue suscrito entre una de las partes del contrato de asociación y el Municipio de Maicao.

Por otra parte, es importante mencionar que este tipo de asociación, como bien lo denominó en alguna ocasión la Fundación Rescatando, el contrato de alianza estratégica o de riesgo compartido “*joint venture*” cuyo objeto radica en “*conformar una asociación para desarrollar un proyecto es una “empresa conjunta”*” teniendo en cuenta que esta asociación o “empresa conjunta”, surgió con posterioridad al contrato (citado como ejemplo) celebrado entre uno de los socios de la “empresa conjunta” con el Municipio de Maicao y que su duración, términos y condiciones dependen del contrato en mención es claro que este contrato de asociación nace a la vida jurídica con ocasión de dar cumplimiento al anterior contrato celebrado entre uno de los socios y en este caso el Municipio de Maicao.

Teniendo en cuenta el contrato citado en el presente escrito debe concluirse que este contrato suscrito entre la Fundación Rescatando y la Fundación para la Vivienda y el Medio Ambiente fue suscrito con el fin de llevar a cabo el objeto del contrato suscrito entre la Fundación para la Vivienda y el Medio Ambiente y el Municipio de Maicao. Lo anterior encaja perfectamente bajo la figura de la subcontratación teniendo en cuenta el contrato se celebra en virtud de otro contrato previo para el cumplimiento y bajo los términos y condiciones del contrato que le antecede.

Por otra parte respecto al argumento que presenta la Fundación Rescatando respecto del incumplimiento, en este sentido la fundación indica:

“De la simple comparación se puede definir qué, que la subcontratación constituyen empresas independientes de la del oferente donde podía originarse un claro incumplimiento de las obligaciones donde las indemnizaciones por daños y perjuicios no tuviesen piso jurídico, caso que no presente la FUNDACIÓN RESCATANDO, y sus contratos de asociación con las demás fundaciones, puesto que el riesgo es compartido para crear una asociación de tipo cooperativo con un apoyo mutuo de la satisfacción final del beneficio social.”

Lo anterior no desvirtúa que pueda darse la figura de la subcontratación, toda vez que en reiteradas oportunidades el Consejo de Estado se ha pronunciado frente al tema de la responsabilidad que recae sobre el subcontratista indicando lo siguiente:

“Según la jurisprudencia del Consejo de Estado (sección tercera, sentencias de 12 de septiembre de 1994 y 23 de marzo de 1995), el sistema de administración delegada se realiza ‘por cuenta y riesgo del contratante’, por lo cual coloca al contratista en la posición de un representante que no contrae obligaciones a nombre propio sino del contratante, salvo en tratándose de subcontratos, o sea cuando el contratista encomienda la ejecución de parte del objeto del contrato a un tercero, pues en este evento el subcontratista se vincula en forma directa e independiente con el contratista.” (C. E., Secc. Tercera, Sent. 17253, junio 06/07, C. P. Antonio Luis Amado Gomez)

Finalmente cabe aclarar que el pliego de condiciones establecido para la Convocatoria Pública N°005 de 2012 fija parámetros claros y precisos basados en criterios objetivos, los cuales rigen para todos los que quieran participar en la convocatoria, sin discriminación alguna, así mismo, es preciso resaltar que el pliego de condiciones no establece reglas limitantes de la competencia y libre concurrencia, por el contrario establece reglas que permiten la pluralidad de oferentes y la selección objetiva. Lo anterior indica que bajo ninguna circunstancia se puede hablar de un abuso de posición dominante toda vez que la selección de los operadores se realiza atendiendo a criterios objetivos establecidos previamente en el pliego de condiciones.

Teniendo en cuenta los motivos anteriormente expuestos se indica que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar reitera su posición respecto de no validar los contratos presentados por la Fundación Rescatando para que sean tenidos en cuenta como experiencia, toda vez que del aspecto sustancial de los mismos se puede apreciar que fueron suscritos con el fin de dar cumplimiento a un contrato anteriormente suscrito por una de las partes.

De igual manera se indica que todas las observaciones hechas por la Fundación Rescatando se han contestado en debida forma, sin embargo, teniendo en cuenta la constante intención por parte de la Fundación para clarificar el tema se emite la presente

respuesta de fondo indicando que de igual forma es importante hacer remisión a las respuestas dadas de manera previa, toda vez que acompañan y soportan la presente, por ultimo es menester recordar que en la carta de presentación de la propuesta prevista para todos los interesados en ofertar y participar en la presente Convocatoria Pública se indica lo siguiente:

He estudiado cuidadosamente los documentos de la Convocatoria Pública y renuncio a cualquier reclamación por ignorancia o errónea interpretación de los mismos.

He revisado detenidamente la propuesta adjunta y no contiene ningún error u omisión. Sin embargo, cualquier omisión, contradicción ó declaración debe interpretarse de la manera que resulte compatible con los pliegos y condiciones del proceso de la Convocatoria pública dentro del cual se presenta la misma, y acepto expresa y explícitamente que así se interprete mi propuesta.

Cabe anotar que la Fundación Rescatando presentó este documento suscrito por Miguel Rangel Quintero quien en su momento ejercía las funciones de representante legal.