



Bogotá, 04 de diciembre de 2018

Señor
JUAN FERNANDO SALAZAR O.
Representante Legal
CADENA S.A.
Ciudad.

ASUNTO: Observación proyecto de Condiciones de Habilitación Previa proceso PH-001-2018

En atención a su escrito de fecha 26 de noviembre de 2018, enviado al correo de notificaciones a la entidad, previsto dentro del cronograma de actividades del proceso del asunto, el día 03 de diciembre de 2018 a las 16:48, debemos aclararle que el termino previsto dentro del proceso de selección para presentar observaciones al Documento de Condiciones, se venció el 30 de noviembre de 2018.

No obstante, en aras de preservar los principios de transparencia y pluralidad, nos permitimos dar respuesta al mismo en los siguientes términos:

Teniendo en cuenta que su solicitud trae como sustento aparte de un concepto emitido por la Superintendencia de sociedades, es menester en primer orden aclarar que el poder vinculante de los conceptos emitidos en virtud de una petición de consulta fue claramente determinado por la H. Corte Constitucional mediante pronunciamiento dado en el expediente D-5480, Demanda de Inconstitucionalidad Parcial contra el artículo 25 del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), Magistrado Ponente Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, de fecha veinticuatro (24) de mayo de dos mil cinco (2005), que al tenor establece:

"Para responder a los cargos la Corte dividirá su exposición en dos partes. En una parte, se pronunciará sobre la posibilidad de concederle poder vinculante a los conceptos emitidos en virtud de la respuesta a un derecho de petición de consultas y, en otra parte, se pronunciará al respecto de la responsabilidad que el contenido de tales conceptos pueda generar.

2.3.1.- El demandante considera que los conceptos emitidos por las autoridades públicas en virtud del desarrollo de un derecho de petición de consultas deben ser obligatorios, es decir, deben vincular a los administrados. Esto, como se vio, no puede convertirse en la regla general. Primero, significaría conferir a todas las autoridades públicas la posibilidad de legislar y atentaría contra el principio de legalidad establecido en el artículo 121 de la Constitución. Los conceptos emitidos por las entidades en respuesta a un derecho de petición de consulta no constituyen interpretaciones autorizadas de la ley o de un acto administrativo. No pueden reemplazar un acto administrativo. Dada la naturaleza misma de los conceptos, ellos se equiparán a opiniones, a consejos, a pautas de acción, a puntos

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES



de vista, a recomendaciones que emite la administración pero que dejan al administrado en libertad para seguirlos o no.

Cosa muy distinta es lo que sucede con los conceptos emitidos por la Subdirección Jurídica de la Administración de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Estos conceptos constituyen una excepción a la dispuesto por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, pero, como ya se mencionó más arriba, la Corte considera que tales conceptos desempeñan una actividad autorreguladora que, de tener efectos frente a particulares, ostentaría la categoría de actos reglamentarios de rango inferior a los que expide el presidente de la república y posibilita su impugnación en la vía contencioso administrativa."

Ahora bien, menos aún es viable tener en cuenta un aparte de un concepto que ha sido descontextualizado y solamente se trae a colación un aparte, olvidando otros tan determinantes como lo son:

"En lo relacionado con los temas de, cuándo se considera que una sociedad es controlada y la forma de probarse, la Superintendencia de Sociedades a través del oficio 220-15430 del 13 de abril de 1998, relacionado con La Enumeración de las Presunciones de Subordinación no tiene Carácter Taxativo. Control sin Participación, expreso:

"A este respecto el Despacho considera que el artículo 260 del Código de Comercio modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, ha determinado las circunstancias que permiten establecer la existencia de la Situación de Control. La referida norma expresa:

Art. 260.- Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.

De esta manera la ley ha señalado que el hecho de tener el poder de decisión de una sociedad sometido a la voluntad de otra u otras personas es el que determina la existencia de la situación de control o subordinación. Siempre que una sociedad se encuentre enmarcada en esta situación se predicará de ella el carácter de subordinada o controlada, y aquella persona que determine su poder de decisión será considerada como la matriz o controlante.

Las circunstancias señaladas en el artículo 261 modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995, corresponden a supuestos de hecho en los cuales la ley ha presumido la existencia de una situación de subordinación, lo cual supone el sometimiento del poder de decisión de la subordinada a la voluntad de su matriz o controlante.

Sin embargo tal presunción legal podrá ser desvirtuada al acreditar que no se verifica en realidad la circunstancia señalada en el artículo 260 del Código de Comercio y que la sociedad en la práctica a pesar de configurar los supuestos del artículo 261 del Código, no resulta subordinada o controlada. De igual forma puede existir diversidad de circunstancias de hecho que establecen la subordinación de cualquier sociedad por estar sometido su poder de decisión a la voluntad de otra u otras personas, y que dichas circunstancias determinantes del control no se configuren en los supuestos legales descritos en el artículo 261 del Código de Comercio. En tales eventos también existirá la subordinación de una sociedad a su matriz o controlante, y por lo tanto en los términos señalados por la ley mercantil, existirá una situación de control o subordinación con todos sus efectos, privilegios y obligaciones."

Consecuentemente, la entidad mantiene su respuesta dada a la única observación presentada por ustedes y publicada el 26 de noviembre de 2018. Lo anterior, teniendo en cuenta que para el ICFES es indispensable en la realización de las actividades tendientes al desarrollo de las pruebas Saber 11 Calendario B, la individualización de la responsabilidad de la gestión de riesgos y el control de la calidad de cada uno de los integrantes dentro de la cadena de producción.

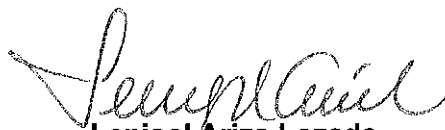
Por lo cual, en el desarrollo de cada una de las actividades previstas para el cumplimiento del objeto contractual para los cuatro grupos, y una vez que se proceda a su gestión, es imprescindible poner en marcha mecanismos de control y mejora continua que permitan medir su calidad. Estos mecanismos deben utilizarse sistemáticamente para conocer todos los aspectos claves en el desarrollo de cada proceso, siendo necesario determinar:

- ✓ Si su variabilidad se mantiene dentro de unos márgenes aceptables.
- ✓ Si la efectividad del proceso es la deseada, es decir, si los indicadores de resultados o de valoración integral de los procesos son satisfactorios.
- ✓ Si el usuario final de cada proceso está satisfecho
- ✓ Si se mantienen los niveles de eficiencia previstos, y los indicadores demuestran una mejor utilización de los recursos.
- ✓ Si se escucha la opinión de los profesionales y las personas que intervienen en el desarrollo del proceso

Dicha responsabilidad exige que se acojan políticas y procedimientos asociados para llevar a cabo las actividades propuestas en cada grupo. Estas políticas reflejan elementos de control de la calidad individual, donde los distintos operadores dentro de la cadena de producción, garanticen el cumplimiento de su objeto contractual, bajo los principios de integridad y objetividad, y a su vez estos funjan como mecanismos de control de las etapas previas y posteriores dentro del desarrollo de las pruebas.

Por lo anterior, en el supuesto fáctico expresado por el observante, existe subordinación de la empresa B respecto a la empresa A, de conformidad con lo establecido en el artículo 260 del Código de Comercio modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, lo cual no permite a la entidad cumplir los procedimientos de calidad, arriba citados.

Cordialmente,







Lenisol Ariza Lozada

Subdirectora Abastecimiento y Servicios Generales

Elaboró: *Celia Inés Hernández Palomino* - Abogada Subdirección Abastecimiento y Servicios Generales



Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES

www.icfes.gov.co  @ICFEScol  icfescol  ICFES  ICFEScol • Calle 26 No. 69-76, Torre 2, piso 15. Edificio Elemento, Bogotá - Colombia

Líneas de atención al usuario: Bogotá [+57 1] 4841460 - Gratuita Nacional: 01 8000 51 9535