CONCEPTO JURIDICO PROCESO COMPETITIVO

DE: **FERNANDO CHAVEZ AYALA**, Abogado Externo, Secretaria de Desarrollo Social del Departamento.

PARA: **PEPE RUIZ PAREDES,** Secretaria de Desarrollo Social del Departamento.

FECHA: 15 DE OCTUBRE DE 2020

ASUNTO: Concepto Jurídico para acudir a proceso competitivo establecido en el Decreto 092 de 2017, en relación con la contratación de una ESAL (Entidad sin Ánimo de Lucro) para la **implementación de Modelo de acompañamiento psico-jurídico a adultos mayores víctimas del conflicto armado para acceder a los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición en 5 municipios de Norte de Santander**

1. MARCO NORMATIVO

El Decreto 092 de 2017 en su artículo 5 plantea que, para los convenios de asociación, siempre se debe realizar un proceso competitivo, excepto cuando la entidad sin ánimo de lucro realice aportes en dinero de al menos el 30% del valor total del proyecto

De acuerdo con lo preceptuado en la norma en cita y dado que no existe propuesta de una Entidad sin Animo de Lucro que realice aportes en dinero en al menos el 30% del valor del proyecto es preciso analizar la viabilidad de acudir al proceso competitivo.

2. PROCEDENCIA DEL PROCESO COMPETITIVO

De acuerdo con el Decreto 092 de 2012, el proceso competitivo procede cuando:

a) **Literal SUSPENDIDO provisionalmente>** Que el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previstos en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, de acuerdo con el nivel de la Entidad Estatal, con los cuales esta busque exclusivamente promover los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana;
b) Que el contrato no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato, y

Scanned by TapScanner

c) **<Literal SUSPENDIDO provisionalmente>** Que no exista oferta en el mercado de los bienes, obras y servicios requeridos para la estrategia y política del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades privadas sin ánimo de lucro; o que, si existe, la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo. En los demás eventos, la Entidad Estatal deberá aplicar la Ley 80 de 1993, sus modificaciones y reglamentos.

d) **<Inciso SUSPENDIDO provisionalmente>** La Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal que contrate bajo esta modalidad deberá indicar expresamente en los Documentos del Proceso, cómo el Proceso de Contratación cumple con las condiciones establecidas en el presente artículo y justificar la contratación con estas entidades en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 11001-03-26-000-2018-00113-00(62003)A. Admite la demanda mediante Auto de 19 de octubre de 2017, Consejero Ponente Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Decreta la SUSPENSIÓN PROVISIONAL de los literales a) y c) y el inciso 5 de este artículo mediante Auto de 6/09/2019, Consejero Ponente Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

De acuerdo con la normativa en cita para la procedencia de un proceso competitivo se requiere que el contrato a celebrarse ***no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato***.

Es importante recalcar que la contratación autorizada por el artículo 355 de la Constitución Política y reglamentada a través del Decreto 092 de 2017 es un instrumento de política pública distinto al Sistema de Compra Pública.

En este sentido, El contrato suscrito en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017 no genera cargas equivalentes o recíprocas y por tanto la Entidad Estatal contratante no instruye a la entidad privada sin ánimo de lucro para desarrollar los programas o actividades previstas, por lo tanto, los convenios de asociación no son una forma de contratar la prestación de un servicio o de exigir el cumplimiento de obligaciones a la ESAL.

El artículo 1498 del Código Civil Colombiano dispone que el contrato es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez.

De otra parte, los contratos suscritos en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017 no son este tipo, puesto que la Entidad Estatal no adquiere bienes o servicios ni encarga la ejecución de una obra de acuerdo con sus precisas instrucciones. En este caso la Entidad Estatal decide desarrollar un programa o actividad del plan de desarrollo en beneficio de la población en general.

Scanned by TapScanner

Así mismo se debe recalcar que la contratación regulada en el Decreto 092 de 2017 es un instrumento diferente al establecido en el Sistema de Compra Pública. El Sistema de Compra Pública está encaminado a que las Entidades Estatales adquieran y se provean de los elementos que ofrece el mercado privado para cumplir sus fines. Cuando la Entidad Estatal utiliza el Sistema de Compra Pública está en una relación contractual conmutativa, pues recibe bienes, obras o servicios a cambio de sus recursos presupuestales.

En este sentido es claro que la contratación autorizada por el artículo 355 de la Constitución Política no está encaminada a la adquisición de bienes, servicios o la ejecución de obras, en consecuencia, no puede ser utilizada con ese propósito. La Contratación que desarrolla el artículo 355 de la Constitución Política está enfocada a la colaboración entre el Estado y las ESAL.

La expresión "instrucciones precisas" no puede extenderse a las reglas generales que la Ley ha autorizado expedir a las autoridades administrativas. Las reglas generales de regulación de un sector o actividad contenidas en actos administrativos de carácter general no constituyen instrucciones precisas para el desarrollo de un proyecto concreto

Revisada los estudios previos del proceso contractual que se debe adelantar, es claro que por para atender las funciones misionales de la Gobernación de Norte de Santander, resulta pertinente acudir a la celebración de un convenio de asociación con una entidad privada sin ánimo de lucro que reúna las calidades exigidas por el la entidad para el cumplimiento de los objetivos definidos para cumplir los objetivos propuestos en su plan de Desarrollo, en cumplimiento del marco normativo vigente para el cumplimiento de las funciones, metas, proyectos, acciones ligadas a la función del Departamento.

Por otra parte y dado que el objeto social de las entidades sin ánimo de lucro es perseguir un fin social o comunitario (que ejecutan actividades que se caracterizan por la cooperación, ayuda mutua, solidaridad y autogestión de sus asociados) queda implícito que las ESALES que cumplan los requisitos habilitantes para participar en este proceso deberán contar con experiencia en la ejecución de programas con fines sociales; característica que reducirá la curva de aprendizaje para la ejecución del contrato, adaptándose a las condiciones que demanda su focalización, gracias al conocimiento previo que se tendrá sobre el tema, lo cual resulta en términos de eficiencia en la capacidad para disponer de equipo técnico y territorial, fortaleciendo su estructura organizacional.

Asimismo, en términos de eficacia para lograr fortalecer los resultados del programa a través del fortalecimiento y sostenibilidad de las iniciativas de integración, la implementación de la estrategia de comunicaciones, desde una articulación real con el territorio; demostrando una vez más el valor agregado de las ESALES.

Scanned by TapScanner

Igualmente es reconocido que los Convenios de Asociación se han constituido como uno de los principales vehículos para la ejecución de programa sociales en el país, ya que estos se constituyen en una importante técnica de cooperación o colaboración convencional entre diversos organismos públicos y privados, ya que permite la cooperación entre el estado y el ciudadano en una de sus manifestaciones asociativas, al igual que permite realizar una coordinación voluntaria y permite un cierto nivel de igualdad durante la ejecución del mismo. Estas y otras características han establecido al convenio de asociación como un importante instrumento de la gestión pública, el cual está reglado y amparado en el ordenamiento jurídico colombiano.

En los anteriores términos y dado que de acuerdo con el estudio previo y análisis del sector aportado el objeto a contratar es ofrecido por más de una Entidad sin Ánimo de Lucro (ESAL), se requiere la apertura de un proceso competitivo en los términos del artículo 4 del Decreto 092 de 2017

2. DOCUMENTOS QUE SE APORTAN PARA EL CONCEPTO

- ✓ CDP
- ✓ ANALISIS DEL SECTOR
- ✓ ESTUDIO PREVIO

3. CONCLUSIONES

Revisado la documentación anexa al proceso y de acuerdo con la normatividad vigente se observa que es viable jurídicamente y se ajusta a la normatividad vigente en la materia, el acudir al proceso competitivo establecido en el artículo 4 del decreto 092 de 2017, motivo por el cual con el presente concepto se adjunta proyecto de resolución para ser suscrita por el representante legal de la entidad

Atentamente,

FERNANDO CHAVEZ AYALA
Abogado Externo

Scanned by TapScanner