

Contratación Pública para ESAL en época del COVID-19

24/04/2020



GÓMEZ-PINZÓN

DESDE 1992

Favor silenciar sus micrófonos, toda intervención se realizará por chat

Temas a tratar

1. Régimen legal aplicable (normas que regulan la Contratación Estatal con entidades sin ánimo de lucro – “E.S.A.L.”-)
2. Proceso de contratación con las E.S.A.L.
3. Medias generales en temas de contratación estatal con ocasión al COVID-19
 - Procesos de selección/procesos competitivos
 - Ejecución de contratos/convenios

Normatividad Aplicable



**CONSTITUCIÓN
POLÍTICA**



DECRETO 092 DE 2017



**NORMAS DEL SISTEMA DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Artículo 355 Constitución Política

*Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar **auxilios o donaciones** en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.*

*El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, **celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad** con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.*

Decreto 092 de 2017

- Desde el 01 de junio de 2017 entró en vigencia.
- Fue expedido en virtud de la autorización contenida en el Art. 355 de la C.P.
- Su aplicación es restrictiva a las siguientes materias:
 - Convenios de colaboración: contratos celebrados entre el Gobierno y ESALES de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público.
 - La contratación a la cual expresamente le es aplicable este régimen (Convenios de Asociación Art. 96 de la Ley 489/98).

***Si una ESAL pretende celebrar un contrato conmutativo con una entidad estatal deberá aplicarse la Ley 80/93 y no el Decreto 092/17.**

Distinción entre Convenios de Colaboración y Convenios de Asociación

Convenio de Colaboración

Acuerdo entre una ESAL y una Entidad Estatal de la rama ejecutiva (gobierno nacional, departamental o municipal)

Objeto: que la ESAL implemente un programa

Fundamento: el programa debe estar previsto en un plan de desarrollo

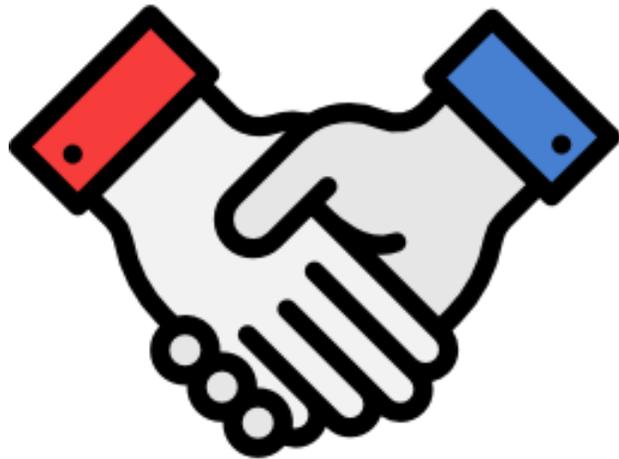
Convenio de Asociación

Acuerdo entre una ESAL y una Entidad Estatal

Objeto: desarrollo conjunto de actividades

Fundamento: el convenio deberá cumplir los cometidos y funciones que les asigna la ley a las Entidades Estatales

Convenio de Asociación



Estos convenios, son diferentes a los convenios de cooperación, y están regidos por el artículo 96 de la Ley 489 de 1996 y los artículos 5, 6, 7 y 8 del Decreto 092 de 2017:

- No estarán sujetas a competencia aquellas ESAL que comprometan recursos en dinero para la ejecución de las actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio.
- Si hay dos ESAL privadas que comprometan el 30% de los recursos requeridos para el convenio, la entidad deberá seleccionar de forma objetiva a tal entidad y deberá justificar los criterios de selección. Es decir, no hay un proceso competitivo entre las ESAL que participan.

Convenio de Colaboración

- a) Correspondencia directa entre el objeto del contrato y programas previstos en el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo

Busca promover exclusivamente:

- Derechos de las personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión.
- Derechos de las minorías.
- Derecho a la educación.
- Derecho a la paz.
- Manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica.

Sectores más desprotegidos + campo cultural, educativo.

Convenio de Colaboración

b) No debe existir una relación contractual conmutativa:

No deben existir obligaciones recíprocas entre la entidad estatal y la ESAL. El Convenio persigue un fin común.

No deben haber instrucciones precisas por parte de la entidad estatal hacia el contratista.

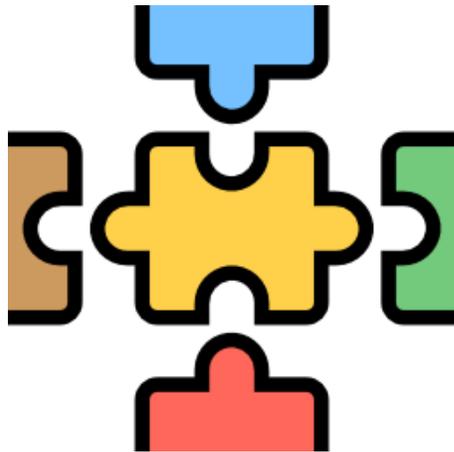
Convenio de Colaboración

b) No debe existir una relación contractual conmutativa:

- No hay una relación de mando, sino de colaboración
- La contratación regida por el Decreto 092/17 es una excepción respecto del Sistema de Compra Pública
- La entidad no recibe ni adquiere bienes o servicios, sino que financia a la ESAL para que realice las actividades en beneficio de la comunidad
- El desembolso de recursos está sujeto al cumplimiento de la meta

Convenio de Colaboración

c) No debe existir oferta en el mercado distinta de la ofrecida por la de las ESAL; si existe, la contratación con las ESAL debe representar la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo.



- El estudio del sector elaborado por la entidad debe indicar que:
 - La oferta del ESAL era única para el desarrollo del objeto
 - Obtención de un mayor valor en dinero por parte de la Entidad Estatal
- Eficacia y efectividad: identificación de ventajas comparativas de la ESAL para alcanzar el objeto de sus políticas
 - No significa obtener el precio más bajo posible, sino implica también incrementar la eficacia y efectividad del Estado en satisfacer las necesidades de la población

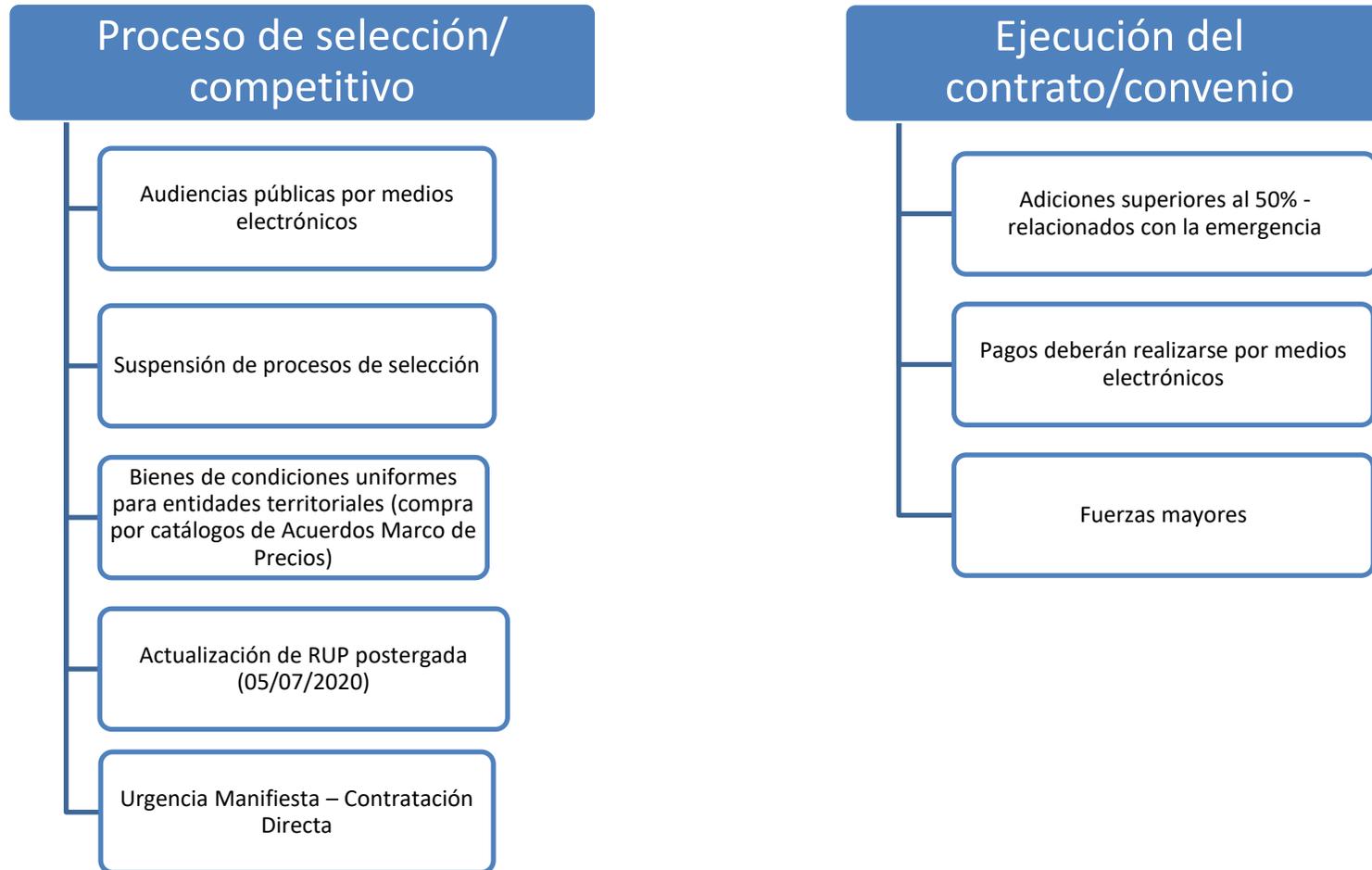
Convenio de Colaboración

Determinación de la reconocida idoneidad de la ESAL

- Conocida cualidad de ser adecuado o apropiado para cumplir un fin
- La entidad estatal debe tener en cuenta los atributos de la ESAL para determinar esta característica



Medidas adoptadas COVID-19



Fuerza Mayor

1. Identificar el hecho generador

- Es indispensable que el contratista identifique cuál es el hecho generador que está afectando el cumplimiento de las obligaciones y verificar que se trate de un hecho imprevisible, irresistible y ajeno a la voluntad del contratista.

2. Carga probatoria del contratista

- Es responsabilidad del contratista identificar y probar en qué medida el hecho generador (COVID-19 o sus efectos directos o indirectos) está afectando las obligaciones del contrato.
Corresponde al contratista identificar la obligación y probar como su ejecución es de imposible cumplimiento.

3. Procedimiento Contractual

- Es indispensable verificar el procedimiento específico de cada contrato.
- El contratista deberá ser muy riguroso con el procedimiento allí previsto dar aplicación al mismo desde el momento de solicitar la declaratoria de un evento de fuerza mayor hasta la superación de este.

4. Efectos

- La ocurrencia de un evento de fuerza mayor tiene como efecto la exoneración de responsabilidad al contratista.
- Algunos contratos prevén la posibilidad de suspender las obligaciones total o parcialmente, por un plazo determinado o sujeto a una condición específica.
- Se debe verificar (i.e. matriz contractual) cuál es la parte que debe soportar los efectos adversos de la Fuerza Mayor

Preguntas

“¿Cómo puede nuestra corporación participar en contratación, si nadie de la Junta Directiva es licenciado en educación física o profesional, ya que esos los límites por lo que no hemos contratado por el INDER?”

“Suministrar información sobre la tienda virtual (Colombia Compra Eficiente)”

“¿Qué normas limitan los gastos administrativos (recurso humano, pólizas, mensajería, papelería, arriendo, oficina, alquiler de equipos)?”

“A nivel general, estoy interesada en conocer sobre los procesos de contratación con el estado, proceso, instrumentos, como hacerlo”

“¿Se podría modificar el objeto de un contrato para responder a las necesidades evidenciadas y demandas generadas por la cuarentena?”

“¿Me pueden exigir cámara de comercio renovada este año para un contrato?”

Contacto

BOGOTÁ

Calle 67 # 7-35 Of. 1204
Edificio Caracol
Bogotá, Colombia
Tel: +571 319 2900

MEDELLÍN

Cra 43A # 1- 50 Of. 209
San Fernando Plaza
Medellín, Colombia
Tel: +574 444 3815



@gomez-pinzon



@GPAlegal



gpa@gomezpinzon.com