

1900 – 011 – 202100001479

Medellín, 2021/05/11

Doctor
MARIO FERNANDO CÓRDOBA PÉREZ
Gerente
Hospital General de Medellín
Luz Castro de Gutiérrez
procesosjudiciales@hgm.gov.co
mcordoba@hgm.gov.co
Medellín

ASUNTO: Respuesta definitiva **PQRS** 232 - Concepto jurídico. Viabilidad técnica, jurídica y fiscal de suscripción de un convenio interadministrativo y entrega en comodato de unos bienes a una IPS privada.

Procede la Oficina Asesora de Jurídica a dar respuesta a su solicitud, con radicado 01200000000020210001101, precisando que los conceptos jurídicos son emitidos en términos generales o abstractos, y no resuelven casos particulares. Por tanto, las tesis expuestas constituyen simples orientaciones, opiniones o puntos de vista de carácter general, conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011-CPACA (Sustituido por la Ley Estatutaria 1755 de 2015).

Así, se ha sostenido de manera pacífica por la jurisprudencia, y de manera reciente por el Consejo de Estado al señalar;

*“(…) Ahora el Artículo 25 CCA (hoy regulado en términos similares por el Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a su cargo. Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que pueda afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir efecto jurídico general y abstracto. **De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a su cargo no comprometen su responsabilidad, ni serán de obligatorio cumplimiento**” (Consejo de Estado, sentencia del 30 de agosto de 2016, Radicado 11001-03-27-000-2011-003-00(18636)). (Lo resaltado es del Despacho).*

Debe observarse por otra parte, que el artículo 14 del CPACA, señala que, “*Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.*” Subraya y negrilla fuera del texto original- SNFT.

En el caso de la presente consulta, consideramos que no es una materia propia de nuestras funciones emitir concepto sobre la viabilidad de una contratación. No obstante se hace un pronunciamiento general sobre el tema, y que constituye doctrina fiscal en cuanto a los temas relacionados con el control fiscal que allí se abordan.

De conformidad con el artículo 267 de la Constitución Nacional, modificado por artículo 1 el Acto Legislativo 4 de 2019, el control **concomitante** y **preventivo** “*tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos, se realizará en forma de advertencia al gestor fiscal y deberá estar incluido en un sistema general de advertencia público. El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas*”. (Resaltado y subrayado fuera de texto). En este mismo sentido, el artículo 54 del Decreto 403 de 2020, señala que “*El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al Contralor General de la República*”

I. CONSIDERACIONES

CONTROL FISCAL EN LA ETAPA PRECONTRATUAL - NO VIABILIDAD

Una vez analizados los argumentos, consideraciones y peticiones elevadas por el Gerente del Hospital General de Medellín, Dr. Mario Fernando Córdona Pérez, consideramos que NO ES VIABLE, emitir un pronunciamiento de fondo sobre el asunto por las razones que se exponen a continuación.

La Constitución Política en los artículos 267, 268 y 272 prescribe que las Contralorías son entidades de carácter técnico las cuales no tendrán **funciones administrativas** distintas de las inherentes a su propia organización y al cumplimiento de su misión constitucional. Por tal razón, a las Contralorías les está vedado intervenir en los procesos administrativos por mandato constitucional, como sería emitir conceptos sobre cuál sería la modalidad de contratación que puede elegir una entidad pública sujeta a su control fiscal. Igualmente los funcionarios estarían violando el régimen de impedimentos y recusaciones de que trata la Ley 1437 de 2011 en el artículo 11.

De otra parte el Decreto Ley 403 de 2020 en los artículos 2, 47, 53 y 153 prescribe que el control fiscal procede i) De forma posterior ii) Recae sobre actividades, operaciones y procesos ejecutados, iii) Cuando se advierta el quebrantamiento del principio de legalidad, podrán interponer las acciones pertinentes. Sobre el control posterior a la contratación, puede igualmente verificarse la doctrina constitucional la Sentencia C-623-

99 por la cual se declaró exequible el artículo 65 de la Ley 80 de 1993. (M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz). En el caso de la presente consulta, consideramos que no es una materia propia de nuestras funciones emitir concepto sobre la viabilidad de una contratación. No obstante se hace un pronunciamiento general sobre el tema, y que constituye doctrina fiscal en cuanto a los temas relacionados con el control fiscal que allí se abordan.

De conformidad con el artículo 267 de la Constitución Nacional, modificado por artículo 1 del Acto Legislativo 4 de 2019, el control **concomitante y preventivo** *“tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos, se realizará en forma de advertencia al gestor fiscal y deberá estar incluido en un sistema general de advertencia público. **El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas**”*. (Resaltado y subrayado fuera de texto). En este mismo sentido, el artículo 54 del Decreto 403 de 2020, señala que “El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al Contralor General de la República”

Como puede observarse, la nueva modificación del cánón constitucional, dispuso que el ejercicio del control fiscal concomitante y preventivo únicamente podrá ser ejercido por la Contraloría General de la República, conservando entonces el control **posterior y selectivo** para las Contralorías Territoriales, lo cual implica una prohibición para que estas últimas fijen procedimientos o formas de actual a los sujetos de control, puesto que podría interpretarse como un control previo, situación analizada por la Corte Constitucional, el **Sentencia C – 113 de 1999**, señalando:

“En este orden de ideas, la tarea de entes como las contralorías no es la de actuar dentro de los procesos internos de la administración cual si fueran parte de ella, sino precisamente la de ejercer el control y la vigencia sobre la actividad estatal, a partir de su propia independencia, que supone también la ente vigilado, sin que les sea permitido participar en las labores que cumplen los órganos y funcionarios competentes para concluir los procesos que después habrán de ser examinados desde la perspectiva del control. De lo anterior, él no podría ejercerse objetivamente, pues en la medida en que los entes controladores resultaren involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían legitimidad para cumplir fiel o parcialmente su función”. (Resaltado y subrayado fuera de texto).

Por su parte, ese mismo juez colegiado constitucional en **Sentencia C - 967 de 2012**, se refirió al control fiscal en el escenario de la contratación estatal, indicando:

“El control fiscal en el ámbito de la contratación pública y su alcance a la luz del principio de interpretación conforme con la Constitución”.

6.6.- Como ya se dijo, la Carta de 1991 eliminó el control previo y preceptivo a cargo de la Contraloría -por demás muy acentuado hasta entonces en el ámbito de la contratación pública,

para dar paso a un esquema básico de revisión posterior y selectivo centrado en el control financiero, de gestión y de resultados (CP., arts. 119 y 267).

Coherente con ese modelo, el artículo 65 del estatuto de contratación asignó el control previo administrativo a las oficinas de control interno de cada entidad, mientras que la intervención de los organismos autónomos a cargo de velar por la gestión fiscal se ejerce con posterioridad - sin perjuicio del control de advertencia que es expresión del principio de colaboración armónica, en la medida en que apunte al cumplimiento de los fines y principios constitucionales, siempre que no implique una suerte de coadministración o injerencia indebida en el ejercicio de las funciones de las demás autoridades.

Desde esta perspectiva, la Corte ha insistido en que los organismos de control fiscal no están facultados para intervenir en los procesos de contratación estatal ni tomar parte en las decisiones administrativas de cada entidad. Por ello esta corporación ha rechazado los mecanismos que suponen una intromisión ilegítima en la contratación estatal cuando implican el ejercicio de una función que el Constituyente sustrajo de los organismos de control fiscal.

Ahora bien, siendo sujeto de vigilancia el Hospital General de Medellín, y dado que el control fiscal se ejerce sobre operaciones, procesos, cuentas, **contratos, convenios**, proyecto, programa, una vez EJECUTADOS, resulta evidente que un pronunciamiento previo (concepto) sobre determinada decisión en materia precontractual, sería contrario al espíritu de la Ley y comprometería la imparcialidad del ente de control en un futuro pronunciamiento.

Por lo anterior, este Órgano de Control considera que no es factible realizar un control independiente, objetivo e imparcial, si previamente se han emitido conceptos sobre la viabilidad jurídica o técnica de un proceso de contratación.

No obstante hacemos algunos planteamientos o comentarios con la finalidad de trazar meras orientaciones al solicitante. Para tal efecto, se traerá a colación los aspectos relacionados con los Convenios Interadministrativos y su consustancial diferencia con el Contrato Administrativo y el Contrato de Mandato, de acuerdo a criterios jurisprudenciales y normativos que sirven de soporte para sustentar los mismos.

(i) El Convenio Interadministrativo y su diferencia con el Contrato Interadministrativo.

Los Convenios Interadministrativos y el Contrato Interadministrativo, si bien son suscritos entre entidades públicas, no son semejantes y difieren sustancialmente el uno del otro.

Aseveración nuestra que se soporta en lo que en tal aspecto ha indicado la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la justicia contenciosa administrativa al señalar, entre otras¹:

“ (...) al respecto la doctrina señala: “el convenio interadministrativo es el vínculo jurídico establecido mediante un acuerdo de voluntades celebrado entre dos o más personas jurídicas públicas o entidades estales con el fin de coordinar la realización de funciones administrativas de interés común a los sujetos contratantes y cooperar o colaborar con ella.

Los convenios interadministrativos se distinguen de los contratos interadministrativos porque estos últimos, celebrados al igual que los primeros entre personas jurídicas públicas, no tienen como objeto la realización común de intereses compartidos como ocurre con los convenios interadministrativos típicos, sino el logro de los fines del Estado de alguna de las partes.

En los contratos interadministrativos se busca obtener de otra persona jurídica la prestación de un servicio específico, la ejecución de una obra o el suministro de un bien, en fin, la realización de una actividad determinada que podría realizar un particular.

(...) todas estas características estás presenten en el denominado convenio interadministrativo 004 de 2007, razón por la cual, es palmario que el acuerdo de voluntades celebrados entre fudemunicipios y el Municipio de Chia es un contrato estatal, que encuadra en la definición del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, ya señalado; es decir, fue en realidad un contrato interadministrativo, en el que las partes no compartían intereses comunes y las prestaciones patrimoniales juegan un papel preponderante”.

Posición jurisprudencial que es pacífica en la jurisprudencia contenciosa administrativa, toda vez que desde el pretérito ya se venía distinguiendo de manera clara las dos figuras.

En efecto, en Sentencia del 2019, se había señalado²:

“Constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal, dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compraventa, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales.

¹ Consejo de Estado, sentencia del 5 de febrero de 2021, Radicado 25000232600020110014401(49792)

² Consejo de Estado, Sentencia del 12 de agosto de 2019, Radicado 25000232600020010137702(33555)

Características que se evidencian, todas ellas, en el “Convenio Interadministrativo 093 de 1997”.

En consecuencia, el negocio jurídico celebrado entre CAJANAL y CODETER es un auténtico contrato interadministrativo.

Por su parte, los convenios interadministrativos comparten estructura y elementos constitutivos comunes, sin embargo, su principal característica reside en el interés común o mutuo de las partes por satisfacer necesidades de interés general, a partir de la coordinación en el ejercicio de sus respectivas competencias.

En consecuencia, el Convenio Interadministrativo 093 de 1997, fue en realidad un contrato interadministrativo, en el que las partes no compartían intereses comunes y las prestaciones patrimoniales jugaban un papel preponderante. En efecto, CAJANAL buscaba con la ejecución del contrato disponer sus recursos económicos para la obtención de equipos para satisfacer las necesidades médicas de sus usuarios; CODETER, por su parte, tenía “una meta de colocación productiva de su capacidad, de sus productos o de su actividad.” (Lo resaltado es fuera de texto).

(ii) EL Contrato de Comodato.

Respecto a la planeación de la contratación de las Empresas Sociales del Estado, el El Ministerio de Salud mediante Resolución N° 5185 de 2013³ dispuso:

Artículo 4. Principios que rigen la actividad contractual. En virtud del principio de planeación, la Empresa Social del Estado debe hacer durante la etapa de planeación el análisis de la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y de riesgo del objeto a contratar. SNFT.

Por su parte el Manual de contratación⁴ (Acuerdo N° 110 de 2014) del Hospital General de Medellín, el cual es de obligatorio cumplimiento, en los artículos 17 y siguientes regula lo relativo a la planeación de la contratación. Dicho manual en el artículo 29 sobre la contratación directa establece que una de las causales es el Contrato de **Comodato cuando el comodatario sea el Hospital.**

El Contrato de Comodato es aquel mediante el cual se **traslada el uso y disfrute** de un bien, de **manera gratuita**, con el consiguiente derecho del **comodatario** que lo recibe de percibir los frutos naturales o civiles que se produzcan y el compromiso de restituirlo

³ Por medio de la cual se fijan los lineamientos para que las Empresas Sociales del Estado adopten el estatuto de contratación que regirá su actividad contractual.

⁴ Este acto administrativo, debe ser expedido en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 76 de la Ley 1438 de 2011.

al comodante al finalizar su uso o en el plazo y forma convenida. Se trata de un negocio jurídico tipificado y disciplinado en la legislación civil en el artículo 2200⁵.

Colombia Compra Eficiente que de acuerdo a lo establecido en El Decreto Ley 4170 de 2011, traza orientaciones en materia de Contratación Estatal, sobre el contrato de comodato ha conceptualizado entre otras⁶:

“ [...] El comodato esta previsto en el artículo 2200 del Código Civil y se define como aquel en que. “ (...) una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que se haga uso de ella y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso”; razón por la cual, se trata de un contrato nominado, principal, real, unilateral y gratuito. También denominado como préstamo de uso, es un contrato con características propias y completamente diferente al préstamo de consumo. Esta tipología es de común utilización en el sector privado; pero es restrictiva en la contratación pública, máxime cuando el ordenamiento sólo permite donaciones y auxilios a favor de entidades públicas. En contraste, la norma prohibitiva se desprende del inciso 1° del artículo 355 de la Constitución Política, el cual señala que “ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

*Si bien el artículo 1452 del Código Civil dispone **que no existe donación en el comodato, implica un auxilio en favor de terceros**” (Lo resaltado es nuestro).*

La regla contenida en el manual del HGM, que por demás, es de obligatorio cumplimiento, es clara en señalar en qué casos procede el Contrato de Comodato.

La Ley 9 de 1989⁷, que puede servir de referencia, en el artículo 38 prescribe en torno al Contrato de Comodato, que las entidades públicas **no podrán dar en comodato sus inmuebles sino únicamente a otras entidades públicas**, sindicatos, cooperativas, asociaciones y fundaciones que no repartan utilidades entre sus asociados o fundadores ni adjudiquen sus activos en el momento de su liquidación a los mismos, juntas de acción comunal, fondos de empleados y las demás que puedan asimilarse a las anteriores.

Colombia Compra Eficiente con concepto 4201711000007245 sobre la “Posibilidad de celebrar un contrato de comodato entre una entidad pública y un particular” expresó:

⁵ SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA Bogotá, D.C., nueve (09) de abril de dos mil catorce (2014) Radicación número: 85001-23-31-000-2000-00178-01(23040)

⁶ Colombia Compra Eficiente concepto C-014 de 2020.

⁷ Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones

5. De acuerdo con lo anterior, las Entidades Estatales **pueden celebrar contratos de comodato con entidades sin ánimo de lucro** cuya causa sea el impulso de programas y actividades de interés público. En consecuencia y para el caso en concreto, siendo la Sociedad Hotelera Tequendama una sociedad anónima, no podría celebrar un contrato de comodato con la Dirección Centro de Rehabilitación Inclusiva del Ministerio de Defensa Nacional. SNFT.

La misma entidad con relación al **convenio y Contrato interadministrativo** manifestó (consulta # 4201912000004632):

*La tipología de contrato interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993, y aunque no la definió ni la desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 (...), califica a los contratos o contratos interadministrativos como aquella contratación **entre entidades estatales**. De acuerdo con lo anterior, el **contrato o convenio interadministrativo** es aquel acuerdo en el que concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de **derecho público** con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. (...). SNFT.*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en respuesta del año 2017⁸ sobre la posibilidad jurídica de una donación, sostuvo que incluso para aceptarla o recibirla era necesario hacer un estudio del costo- beneficio:

“En este escenario la participación del Banco de la República debe tener una compensación adecuada, proporcional y equitativa (vista desde la continuidad de la función cultural) en el derecho que adquiera de usar el bien y desarrollar las actividades culturales que la ley le asigna (comodato a largo plazo, exclusividad de uso, etc.). Esto es importante porque en la medida en que los beneficios que reciba el Banco sean tangibles y medibles, los aportes que pueda hacer tendrán una compensación o beneficio y, por tanto, no entrarán en conflicto con la prohibición del artículo 355 Superior.

*Igualmente, puede acudirse al artículo 96 de la Ley 489 de 1998, que permite hacer **convenios de asociación entre entidades públicas y particulares** “para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna la ley.”*

De acuerdo con lo expresado, los contratos y convenios interadministrativos son legales en la legislación colombiana.

Por su parte, el contrato de comodato tiene sus reglas y limitaciones en tratándose de entidades estatales, pues éstas bien pueden actuar como comodantes o comodatarias pudiendo celebrar entre ellas el respectivo contrato de comodato.

⁸ SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ. Bogotá, D. C., trece (13) de junio de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00028-00(2330). Actor: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

De tal suerte, que el comodato que llegare a suscribir una entidad pública, debe precederle la naturaleza de la comodataria de igual naturaleza, esto es pública. Lo anterior como quiera que cualquier favorecimiento en favor de los intereses privados, no guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, a saber, por el artículo 355 Superior.

De otra parte el Código Disciplinario Único en el artículo 34 dispone que son deberes de todo servidor público: “1. *Cumplir y hacer que se cumplan los (...) las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, (...) y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente*”. SNFT.

El artículo 48 del CDU establece sobre las faltas gravísimas.

30. Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental. SNFT.

II. LA OFICINA ASESORA DE JURÍDICA RESPONDE

Preguntas:

1. Viabilidad técnica, jurídica y fiscal de la celebración de un Convenio Interadministrativo entre el municipio de Medellín y el Hospital General de Medellín para la adquisición de equipos de respiración.
2. Entrega en comodato precario de unos equipos de respiración mecánica a unas IPS privadas.

Según lo expuesto, este Órgano de Control no puede emitir un pronunciamiento de fondo sobre el asunto objeto de consulta por las razones antes expuestas, toda vez que el marco jurídico y jurisprudencial para el caso en particular, no los impide y se invita al Hospital General de Medellín a analizar la viabilidad de adelantar las actuaciones manifestadas en su solicitud, de cara a lo establecido en su Manual de Contratación, la legislación vigente, la doctrina y la jurisprudencia.

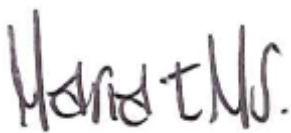
El análisis y determinación sobre la **viabilidad jurídica** relacionada con el Convenio Interadministrativo y el Contrato de Comodato, es competencia del Hospital General de Medellín, tal como lo dispone la Resolución N° 5185 de 2013 del Ministerio de Salud, sobre el análisis de la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y de riesgo del objeto a contratar.

Respecto de la **viabilidad técnica**, igualmente es la entidad quien debe establecer cuál es la necesidad y especificaciones que el Hospital General de Medellín pretende satisfacer con el proceso de contratación; cuáles son las obligaciones de las partes etc. No podría ser la Contraloría General de Medellín quien realice dicho estudio de viabilidad.

Con relación a la **viabilidad fiscal** se recuerda que el control fiscal es posterior y sólo en la medida en que los procesos, operaciones financieras, administrativas, económicas se hayan realizado, es viable emitir un pronunciamiento sobre el cumplimiento de los principios de la gestión fiscal y la función administrativa de que trata el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

De esta forma damos respuesta definitiva y de fondo a su comunicación y le invitamos a continuar participando activamente en el cuidado y vigilancia de nuestros recursos públicos.

Atentamente,



MARIA ISABEL MORALES SANCHEZ
Jefe de Oficina Asesora Jurídica
OFICINA ASESORA DE JURÍDICA

Copia: Copia: Carlos Arturo Paternina Moreno, C.A. Servicios de Salud
María Victoria Mazo Zapata, Técnico Operativo

Proyectó: Sigifredo Ch.
Revisó: María M.