

Ibagué, 21 de octubre de 2020.

Doctora  
**ERICA JULIETH GOMEZ DIAZ**  
Gerente  
Hospital Ricardo Acosta Nivel I E.S.E  
Municipio de Palocabildo – Tolima  
E. S. D.

**Asunto:** Concepto jurídico sobre posibilidad de contratar la prestación de servicios profesionales de cobro coactivo, para la recuperación de cartera.

Cordial saludo,

De manera muy respetuosa me dirijo a usted con el fin de dar contestación a su petición en los siguientes términos:

<b>Concepto Jurídico</b>	<b>017</b>
<b>Tema:</b>	Contratación de prestación de servicios para el cobro coactivo en entidades públicas.
<b>Problema Jurídico:</b>	Pueden las entidades públicas (ESE) celebrar contrato de prestación de servicios profesionales para la recuperación de cartera?
<b>Fuentes formales:</b>	Constitución Política Ley 489 de 1998 Ley 1066 de 2006 Ley 1150 de 2007 Ley 1437 de 2011
<b>Precedente</b>	No se invoca

**Sobre Este Concepto jurídico:**

Conforme al artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, este concepto jurídico no es obligatorio ni vinculante, se trata de una opinión, apreciación o juicio, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, o como materia de consulta sobre los problemas jurídicos en él planteados.

De allí que la Entidad que lo ha solicitado no está sometida a lo que en él se concluye o se opina, de modo que pueden o no acogerlo, sin que se derive ningún tipo de responsabilidad sobre la entidad que lo emite.

Para emitir este concepto la Dirección Jurídica de la Contraloría Departamental del Tolima seguirá el siguiente procedimiento i) Normativa aplicable al caso y ii) Conclusiones y iii) Respuesta al problema jurídico planteado.

**Problema(s) Jurídico(s) Planteado(s).**

Pueden las entidades públicas (ESE) celebrar contrato de prestación de servicios profesionales para la recuperación de cartera?

i) **Normativa aplicable al caso:**

- Constitución Política
- Ley 489 de 1998 "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones."
- Ley 1066 de 2006 "Por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones".
- Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo."
- Ley 1150 de 2007 "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos".

De la normatividad referida anteriormente se desprende lo siguiente:

Establece el artículo 5 de la ley 1066 de 2006 que "las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario".

Lo anterior fue corroborado por la Ley 1437 de 2011, que en su artículo 98 sostuvo lo siguiente:

**"Artículo 98. Deber de recaudo y prerrogativa del cobro coactivo.** Las entidades públicas definidas en el parágrafo del artículo 104 deberán recaudar las obligaciones creadas en su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo de conformidad con este Código. Para tal efecto, están revestidas de la prerrogativa de cobro coactivo o podrán acudir ante los jueces competentes."

Como complemento de lo anterior, el artículo 104 de la misma norma definió las entidades públicas que en los términos del artículo 98 estaban investidas de la facultad de cobro coactivo, refiriendo a todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.

Así las cosas, en primera medida queda clara la facultad que tienen las entidades públicas, incluyendo las Empresa Sociales del Estado, para adelantar los procesos coactivos tendientes a recaudar las obligaciones a su favor.

2 de 7

*¡Vigilemos lo que es de Todos!*

+57 (8) 261 1167 261 1169 ☎  
despacho.contraloria@contraloriatolima.gov.co ✉  
www.contraloriatolima.gov.co 🌐

Seguidamente resulta importante tener claridad sobre la naturaleza de la función de cobro coactivo. Sobre el particular se han pronunciado las altas cortes indicando que la jurisdicción coactiva implica el ejercicio de una función administrativa. En estos términos se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C-649 de 2002 donde sostuvo:

*"...esta Corte ha explicado que la denominada jurisdicción coactiva. Es decir, la facultad para definir situaciones jurídicas sin necesidad de acudir a la acción judicial (autotutela ejecutiva), se enmarca dentro de la órbita de la función administrativa cuyo objeto es lograr el cumplimiento de una obligación tributaria en sede administrativa..." (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Finalmente esta naturaleza fue corroborada con la Ley 1066 de 2006 cuando en su artículo 5 señaló que las entidades públicas que en ejercicio de sus funciones administrativas recauden rentas públicas tienen jurisdicción coactiva.

Ahora, teniendo claro que el cobro coactivo tiene la naturaleza de función pública en los términos del artículo 209 de la Constitución Política, se debe analizar la posibilidad del ejercicio de este tipo de funciones por parte de particulares.

Establece el artículo 123 de la Constitución Política lo siguiente:

*"Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.*

*Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.*

**La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio".**  
*(Negrilla y subraya fuera de texto)*

Seguidamente, el artículo 210 de la Carta Magna determinó:

*"Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.*

**Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.**

*La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes." (Negrilla y subraya fuera de texto)*

En desarrollo de las normas anteriores, la Ley 489 de 1998 en su artículo 110 determinó que los particulares pueden ejercer funciones administrativas previa expedición de acto administrativo y celebración de convenio; requisitos que fueron desarrollados por el artículo 111 de la misma norma así:

**ARTICULO 111. REQUISITOS Y PROCEDIMIENTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y CONVENIOS PARA CONFERIR FUNCIONES ADMINISTRATIVAS A PARTICULARES.** Las entidades o autoridades administrativas podrán conferir el ejercicio de funciones administrativas a

*particulares, bajo las condiciones de que trata el artículo anterior, cumpliendo los requisitos y observando el procedimiento que se describe a continuación:*

1. *<Aparte tachado INEXEQUIBLE> Expedición de acto administrativo, decreto ejecutivo, en el caso de ministerios o departamentos administrativos o de acto de la junta o consejo directivo, en el caso de las entidades descentralizadas, que será sometido a la aprobación del Presidente de la República, o por delegación del mismo, de los ministros o directores de departamento administrativo, ~~de los gobernadores y de los alcaldes, según el orden a que pertenezca la entidad u organismo,~~ mediante el cual determine:*

a) *<Literal CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Las funciones específicas que encomendará a los particulares;*

b) *Las calidades y requisitos que deben reunir las entidades o personas privadas;*

b) *Las condiciones del ejercicio de las funciones;*

c) *La forma de remuneración, si fuera el caso;*

d) *La duración del encargo y las garantías que deben prestar los particulares con el fin de asegurar la observancia y la aplicación de los principios que conforme a la Constitución Política y a la ley gobiernan el ejercicio de las funciones administrativas.*

2. *<Apartes tachados declarados INEXEQUIBLES> La celebración de convenio, ~~si fuere el caso,~~ cuyo plazo de ejecución será de cinco (5) años ~~prorrogables~~ y para cuya celebración la entidad o autoridad deberá:*

*Elaborar un pliego o términos de referencia, con fundamento en el acto administrativo expedido y formular convocatoria pública para el efecto teniendo en cuenta los principios establecidos en la Ley 80 de 1993 para la contratación por parte de entidades estatales.*

*Pactar en el convenio las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias, una vez seleccionado el particular al cual se conferirá el ejercicio de las funciones administrativas.*

Teniendo en cuenta el marco normativo desarrollado a partir de la Constitución, los particulares podrán ejercer funciones administrativas en los términos señalados en el artículo 110 de la Ley 489 de 1998, implicando con ello la expedición de un acto administrativo por parte de la Entidad que determine las funciones que ejercerán, los requisitos de deben cumplir los particulares, las condiciones para ejercer las funciones y el tiempo durante el cual irán a cumplir con tal facultad. En cuanto a la celebración del convenio, la norma determinó que deberá suscribirse previo proceso de selección que garantice la pluralidad de oferentes, teniendo en cuentas las condiciones planteadas en el acto administrativo previamente expedido.

Lo anterior ha sido corroborado por el Consejo de Estado, que sobre el particular ha sostenido:

*"El ejercicio de funciones administrativas por un particular hace parte de la llamada descentralización por colaboración, de acuerdo con lo establecido por el inciso primero del artículo 210 de la Constitución y los artículos 110 a 114 de la ley 489 de 1998, e implica el ejercicio de potestades públicas a favor de terceros (usuarios de los servicios)... Este contrato (que a juicio de la Sala es un tipo especial de concesión) se caracteriza porque tiene efectos hacia terceros, que son los destinatarios de la función pública atribuida al contratista particular.*

*El procedimiento que se debe seguir está regulado por la ley 489 de 1998, para lo cual se debe expedir por parte de la entidad, un acto administrativo que determine las funciones específicas, las condiciones y término de su ejercicio, las calidades, requisitos y garantías que deben presentar las personas naturales o jurídicas privadas que aspiren a desarrollarlas, su remuneración, y celebrar luego un convenio con el particular, seleccionado mediante un procedimiento de convocatoria pública. La entidad pública transfiere algunas de sus funciones por un tiempo determinado, al particular, el cual asume la responsabilidad consiguiente y las debe desarrollar autónomamente, de acuerdo con la normatividad aplicable a la actividad de que se trate, y con sujeción a los controles de ésta ejercidos por parte de los organismos competentes, y los de la entidad otorgante."*

En estos mismos términos se pronunció más recientemente Colombia Compra Eficiente en respuesta a la consulta No. 4201713000002662 sobre la posibilidad de que una Entidad Estatal pudiera suscribir un contrato que tenga por objeto el cobro de cartera. En dicha oportunidad se conceptuó que el cobro coactivo es una función administrativa que solo puede ser transferida de manera parcial a particulares a través de es la expedición de un acto administrativo y la celebración de un convenio en los términos de la Ley 489 de 1998.

Pese a lo anterior, tanto la jurisprudencia como la doctrina han reconocido que el proceso de cobro coactivo está compuesto por diversas etapas dentro de las cuales se encuentra el proceso de preparación y el proceso de cobro coactivo propiamente dicho (expedición del mandamiento de pago, el decreto de embargo o secuestro, la notificación, la decisión de excepciones y la celebración de acuerdos de pago), siendo esta última una etapa cuya responsabilidad recae exclusivamente de las entidades estatales y en esa medida no puede ser transferida a particulares.

En conclusión, se ha considerado que el proceso de cobro coactivo solo podrá ser transferido a un particular en lo que respecta a las etapas que deben surtirse como base del cobro coactivo propiamente dicho (Ej. Proyección de documentos), previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley 489 de 1998. En estos términos se pronunció el Consejo de Estado, así:

*"Todos los pasos o eventos referidos contienen al menos dos partes, ámbitos o módulos: uno de preparación, instrumentación o de proyección de documentos, constituido por las actuaciones previas, concomitantes o posteriores que deben surtirse como base del cobro coactivo, y otra de decisión, representada por los actos de cobro coactivo, en sentido propio. El análisis sobre la viabilidad de la atribución de funciones administrativas debe diferenciar, respecto de cada paso o evento, las dos partes referidas. Así, en relación con las actuaciones de instrumentación o de proyección de documentos, la Sala considera que serán susceptibles de atribución.*

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 4 de noviembre de 2004, Exp. N° 1592. C.P. Enrique Arboleda y Gustavo Aponte

*Por el contrario, en relación con los actos del cobro coactivo propiamente dichos, tales como expedición del mandamiento de pago, decreto de embargo o secuestro, notificación, decisión de excepciones, celebración de acuerdos de pago, investigación de bienes de los deudores, etc., la Sala considera que constituyen una función exclusiva de la administración en ejercicio de sus poderes soberanos de cobro coactivo, y como tal no puede ser atribuida a particulares.*

(...)

*En conclusión, con base en lo dispuesto en las normas jurídicas aplicables y en lo dicho por la jurisprudencia nacional, la Sala considera que puede haber una atribución parcial a favor de los particulares de las funciones administrativas relacionadas con el cobro coactivo, específicamente, de aquellas que atañen a la instrumentación del proceso y la proyección de documentos, siempre y cuando la administración conserve en todo momento la regulación, control, vigilancia y orientación de la función, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 110 de la ley 489 de 1998, y cumpla con el procedimiento dispuesto en la misma ley para la atribución.*

*La Sala concluye también que no es jurídicamente viable la atribución total de funciones administrativas de cobro coactivo debido a que, en tal supuesto, el funcionario estaría vaciando de contenido la competencia que la ley le ha otorgado, y sería reemplazado íntegramente en sus funciones, cuestiones que la Corte Constitucional calificó claramente como límites a la atribución.<sup>2</sup>*

Ahora, en lo que respecta a la contratación propiamente dicha, la Ley 1150 de 2007 ha señalado que la escogencia del contratista se hará a través de la modalidad de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa. El literal h), numeral 4 del artículo 2 de la citada Ley determinó como una casual de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

En ese orden de ideas, la modalidad de contratación para la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales es la contratación directa, en virtud de la cual no se cuenta con pluralidad de oferentes en la medida que no conlleva el desarrollo de un proceso de selección propiamente dicho.

## ii) Conclusiones

Conforme lo expuesto anteriormente resulta claro concluir lo siguiente:

- 1.- Las Empresas Sociales del Estado se encuentran legalmente facultadas para adelantar el proceso de cobro coactivo de obligaciones a su favor.
- 2.- El proceso de cobro coactivo es considerado como una función administrativa.
- 3.- La asignación de funciones administrativas a particulares tiene soporte constitucional y se encuentra desarrollada en la Ley 489 de 1998.

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 17 de mayo de 2007, Exp. No. 4100123310002004 (AP00369) 01. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

4.- En virtud de la Ley 489 de 1998, para la asignación de funciones administrativas a particulares debe preceder la expedición de un acto administrativo y un convenio suscrito como resultado de un proceso de selección.

5.- El proceso de cobro coactivo como función administrativa, cuenta con una etapa de preparación que puede ser asignadas a particulares, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 489 de 1998.

6.- El proceso de cobro coactivo propiamente dicho, que comprende las etapas de expedición del mandamiento de pago, decreto de embargo o secuestro, notificación, decisión de excepciones, celebración de acuerdos de pago, investigación de bienes de los deudores, etc, es una etapa que recae exclusivamente en la entidad pública.

**iii) Respuesta al problema jurídico planteado:**

No resulta viable jurídicamente la contratación de prestación de servicios profesionales, como causal de contratación directa por parte de las Entidades Públicas, para contratar el ejercicio de la función administrativa de cobro coactivo.

En esta manera damos respuesta a la solicitud planteada.

Atentamente,



**MIRYAM JOHANA MENDEZ HORTA**  
Directora Técnica Jurídica