



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Número Único: 11001-03-06-000-2017-0002700

Radicación interna: 2329

Referencia: Condonación de capital en acuerdos de pago para créditos educativos otorgados por el ICETEX.

La Ministra de Educación consulta sobre la viabilidad legal de condonar capital en los procesos de normalización de cartera del ICETEX.

I. ANTECEDENTES

Dice la Ministra que de acuerdo con las disposiciones de la Ley 1002 de 2005 los actos jurídicos del ICETEX pueden sujetarse a la normativa del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o a la del derecho privado, según sea el escenario en que la entidad los desarrolle, pero con la precisión de que los dineros con los cuales la entidad desarrolla su actividad son de naturaleza pública.

Anota que los créditos se materializan en contratos de mutuo de los que hace parte el Reglamento de Crédito Educativo.

Explica que para el cumplimiento de su objeto legal, el Decreto 2555 de 2010 creó para el ICETEX la figura de capitalización de intereses como un mecanismo de pago que pueden acordar libremente las partes, que consiste en acumular al capital aquellos intereses que se vayan causando durante la duración de los estudios del beneficiario, donde la suma de ambos factores constituye un nuevo capital que genera sus respectivos intereses.

Comoquiera que por las contingencias normales de todo producto crediticio sus beneficiarios pueden incurrir en mora, es pertinente que la entidad implemente políticas de manejo de cartera y ejecute estrategias para su recuperación, inclusive mediante la condonación de intereses.

Es por eso que el ICETEX en Acuerdo 022 de 2012 adoptó una política de normalización con la finalidad de lograr la recuperación y normalización de créditos, ofreciendo a los deudores morosos la posibilidad de rebajar intereses corrientes y de mora, según el plan a que se acojan.

Sin embargo, afirma la Ministra, el ICETEX carece de una política para condonar parte del capital adeudado, que de implementarse podría generar escenarios de negociación más atractivos para los deudores.

Así las cosas, formula las siguientes **PREGUNTAS**:

“1. ¿Puede legalmente el ICETEX, como entidad financiera de naturaleza especial, implementar la política de realizar acuerdos de pago en los cuales se incluya la posibilidad de condonar parte del capital adeudado por los beneficiarios con ocasión del crédito educativo sustentado en un contrato de mutuo que se rige por la condiciones del derecho privado, entendiendo que se trata de recursos de naturaleza pública?

2. ¿El capital obtenido después de la aplicación de la figura de la capitalización puede ser igualmente objeto de condonación en el escenario del acuerdo de pago antes expuesto?

3. En caso de ser afirmativa la respuesta a las preguntas 1 y 2:

¿Existe algún límite para condonar parte del capital adecuado con ocasión del crédito educativo?

¿Cuál será ese límite y de que criterio depende?

4. En caso de ser negativa la respuesta a las preguntas 1 y 2. ¿Qué razones impiden o prohíben adoptar e implementar esa política para la recuperación de la cartera?

II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a los interrogantes formulados por la Ministra, la Sala analizará los siguientes puntos: i) Naturaleza del ICETEX, ii) Objeto del ICETEX, iii) Régimen contractual aplicable al ICETEX iv) La connotación de entidad financiera especial, v) La capitalización de intereses, vi) La recuperación de cartera, vii) La realidad de la cartera de difícil cobro del ICETEX y viii) Caso concreto.

A. Naturaleza jurídica

El Gobierno Nacional presentó el proyecto que dio origen a la Ley 1002 de 2005 (289 de 2005 – Senado), con el propósito de “transformar” el ICETEX. Se afirmó en la exposición de motivos, lo siguiente:

“Dada su naturaleza jurídica, el Icetex está sujeto a las restricciones que le impone el ejercicio de programación macroeconómica del ámbito fiscal, planteadas por la estructura de la hacienda pública colombiana, lo cual visto a futuro, se traduce en un crecimiento vegetativo de los créditos como ocurrió a lo largo de la vida del Icetex, frente a una demanda creciente de crédito para la educación superior.

Por lo anterior, la transformación del Instituto se presenta como una alternativa efectiva, con el fin de fortalecer financieramente la entidad y canalizar un mayor volumen de recursos al sector educativo, a través de la ampliación del portafolio de productos y servicios, tales como: operaciones de redescuento de crédito educativo para educación superior y el desarrollo de un programa de avales y garantías”¹. (Se subraya).

Al tramitarse el proyecto de ley en primer debate, el informe de ponencia alude al cambio de naturaleza jurídica de establecimiento público a entidad financiera, así: “La naturaleza especial hacia la que se transforma el Icetex, se debe a que el Instituto ha venido desarrollando operaciones financieras propias de este sector, siendo una entidad pública...”, y más adelante, en relación con las actividades que adelanta, agrega: “Actualmente, el Icetex desarrolla una estrategia que contiene tres líneas de financiación: Un sistema de crédito con un componente de subsidio dirigido a los estratos más bajos de la población; un sistema de préstamos que dependen de los ingresos o la capacidad de pago del deudor; y un sistema de crédito directo a las instituciones de educación superior para financiar sus programas de mejoramiento de calidad o ampliación de cobertura con equidad...”².

Bajo este contexto se expidió la Ley 1002 del 30 de diciembre de 2005, “Por la cual se transforma el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Mariano Ospina Pérez, Icetex, en una entidad financiera de naturaleza especial y se dictan otras disposiciones”³, que en su artículo 1 dispone:

“Artículo 1. Transfórmese el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Mariano Ospina Pérez, Icetex, creado por el Decreto 2586 de 1950, en una entidad financiera de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, vinculada al Ministerio de Educación Nacional, la cual conserva la misma denominación.

¹ Gaceta del Congreso 272 de 2005.

² Gacetas del Congreso 272 y 338 de 2005, contentivas de la exposición de motivos y el informe ponencia para primer debate, respectivamente.

³ Publicada en el Diario Oficial 46.137 del 30 de diciembre de 2005.

Los derechos y obligaciones que a la fecha de promulgación de esta ley tenga el Icetex continuarán en favor y a cargo del mismo como entidad financiera de naturaleza especial". (Subraya la Sala)

Dado lo dispuesto en la norma transcrita, es preciso indicar que el artículo 38 de la Ley 489 de 1998⁴ establece de manera general las entidades que forman parte del sector descentralizado de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, entre las que se encuentran *"las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público."* (Numeral 2, literal g)⁵

En concordancia con lo anterior, el artículo 68 de la misma Ley 489 señala que son entidades descentralizadas del orden nacional, además de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, *"las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio"*.

En cuanto a la locución *"entidad financiera"*, la Sala acude al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, al Decreto 2555 de 2010 y algunas resoluciones y circulares proferidas por la extinta Superintendencia Bancaria y la actual Superintendencia Financiera de Colombia, en donde se evidencia desde el punto de vista normativo, la expresión *"entidad financiera"* es utilizada para denominar a las personas jurídicas, públicas o privadas, autorizadas legalmente para realizar actividades financieras, aseguradoras y otras que implican el manejo, inversión y aprovechamiento de recursos captados del público, las cuales son realizadas por el ICETEX, según el análisis de su objeto que se realiza a continuación. No sobra

⁴ "[P]or 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".

⁵ "Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

(...)

2. Del Sector descentralizado por servicios:

a) Los establecimientos públicos;

b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;

(...)

f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;

g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público."

mentonar que la actividad financiera es una especie del genero actividad comercial, por expresa disposición del artículo 20 del Código de Comercio⁶.

Conforme a lo anterior, el ICETEX es una entidad financiera estatal de naturaleza especial, perteneciente al sector descentralizado por servicios del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, vinculada al Ministerio de Educación Nacional, cuyo objeto principal es la realización de actividades financieras (comerciales), en los términos que se explican a continuación.

B. Objeto del ICETEX

Sobre el particular, la Ley 1002 de 2005, dispone lo siguiente:

“Artículo 2. Objeto. El Icetex tendrá por objeto el fomento social de la educación superior, priorizando la población de bajos recursos económicos y aquella con mérito académico en todos los estratos a través de mecanismos financieros que hagan posible el acceso y la permanencia de las personas a la educación superior, la canalización y administración de recursos, becas y otros apoyos de carácter nacional e internacional, con recursos propios o de terceros. El Icetex cumplirá su objeto con criterios de cobertura, calidad y pertinencia educativa, en condiciones de equidad territorial. Igualmente otorgará subsidios para el acceso y permanencia en la educación superior de los estudiantes de estratos 1, 2 y 3.

En razón a su naturaleza especial, el Icetex destinará los beneficios, utilidades y excedentes que obtenga, al desarrollo de su objeto. Para tal efecto creará una reserva patrimonial que se destinará de la siguiente forma:

1. El cuarenta por ciento (40%) para la constitución de reservas destinadas a la ampliación de cobertura del crédito y de los servicios del Icetex.

⁶ **ARTÍCULO 20. ACTOS, OPERACIONES Y EMPRESAS MERCANTILES - CONCEPTO.** Son mercantiles para todos los efectos legales:

1) La adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos; //3) El recibo de dinero en mutuo a interés, con garantía o sin ella, para darlo en préstamo, y los préstamos subsiguientes, así como dar habitualmente dinero en mutuo a interés; //5) La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones; //6) El giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos-valores, así como la compra para reventa, permuta, etc., de los mismos; //7) Las operaciones bancarias, de bolsas, o de martillos; //8) El corretaje, las agencias de negocios y la representación de firmas nacionales o extranjeras; //10) Las empresas de seguros y la actividad aseguradora; //16) Las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza; //17) Las empresas promotoras de negocios y las de compra, venta, administración, custodia o circulación de toda clase de bienes; //19) Los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil.

2. El treinta por ciento (30%) para la constitución de reservas destinadas a otorgar subsidios para el acceso y permanencia a la educación superior de estudiantes con bajos recursos económicos y mérito académico.

3. El treinta por ciento (30%) restante se destinará a incrementar el capital de la entidad.

Parágrafo 1. *Adiciónase el artículo 277 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero con el siguiente numeral:*

9. El Icetex no está sometido a régimen de encajes ni a inversiones forzosas. Tampoco podrá ser obligado a destinar recursos de su portafolio para adquirir títulos de deuda pública, TES.

Parágrafo 2. *Con el fin de garantizar los subsidios de que trata el presente artículo, el Icetex tendrá el régimen tributario aplicable a los establecimientos públicos.*

Parágrafo 3. *La educación superior comprenderá entre otras, la educación tecnológica, la profesional, las especializaciones, las maestrías y la formación de posgrados en el exterior.*

Parágrafo 4. *El Icetex ofrecerá diferentes modalidades de crédito para garantizar a la población la culminación de sus estudios y en todo caso los intereses serán inferiores a los del mercado financiero”. (Subraya la Sala).*

Como puede apreciarse, en la Ley 1002 el objeto del ICETEX corresponde principalmente a: i) realizar operaciones de crédito destinadas a la educación superior, y ii) otorgar subsidios para asegurar el acceso y permanencia en la educación superior. Dicho objeto se ve complementado con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1002 de 2005, que prevé:

“Artículo 4. Operaciones autorizadas. *Además de las funciones previstas en el Decreto-ley 3155 de 1968, en la Ley 18 de 1988, en la Ley 30 de 1992, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contenido en el Decreto-ley 663 de 1993 y en el Decreto 276 de 2004, en desarrollo de su objeto social, el Icetex podrá:*

1. Realizar operaciones de descuento y redescuento relacionadas con su objeto social.

2. Realizar las demás actividades financieras que sean necesarias para el cumplimiento de su objeto”.

Por su parte, el artículo 5 de la Ley 1002, dispone: *“Fondo de Garantías. Modifícase el numeral 6 del artículo 277 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contenido en el Decreto-ley 663 de 1993, el cual quedará así: 6. Se autoriza al ICETEX para crear un Fondo con el objeto de cubrir los riesgos de los créditos otorgados para el fomento de la educación, fijar las comisiones y los márgenes de cobertura”.*

Lo expuesto permite sostener que el objeto del ICETEX es el desarrollo de actividades financieras (comerciales), a través de diferentes modalidades de crédito, existentes o que llegaren a existir en el mercado financiero, en competencia con las entidades del sector, al punto que ofrece créditos con “intereses inferiores al mercado financiero”. (parágrafo 4, artículo 2, Ley 1002).

Ahora, el artículo 4 de la Ley 1002 extiende el objeto del ICETEX no solo a lo previsto en esa ley, sino que acoge todas las funciones que le han sido otorgadas desde su creación y las adicionadas por normas posteriores, según pasa a analizarse.

Decreto Ley 3155 de 1968:

De conformidad con el artículo 2 de dicho decreto, para el cumplimiento de su objeto⁷ el ICETEX ejercerá las siguientes funciones:

*“a) **Conceder crédito** a estudiantes y profesionales para realizar estudios de nivel superior dentro del país, o en el exterior cuando se justifique por razón de un mayor desarrollo científico, tecnológico y cultural.*

b) Tramitar oficialmente las solicitudes de asistencia técnica relacionada con becas de estudio y entrenamiento en el exterior, que deseen presentar los organismos públicos nacionales, ante los Gobiernos extranjeros y los organismos internacionales.

c) Recibir las ofertas de becas extranjeras que hagan al país, con el fin de divulgar dichos programas y colaborar en la óptima selección de los aspirantes.

d) Ofrecer orientación profesional para realizar estudios en el exterior.

e) Administrar los fondos públicos destinados a cubrir los gastos de estudios en el exterior de los funcionarios del estado, con las excepciones que el decreto reglamentario determine.

f) Administrar fondos de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, destinados a la financiación de estudiantes colombianos tanto dentro del país como en el exterior.

g) Autorizar la compra de divisas extranjeras para estudiantes domiciliados en Colombia que deseen realizar en el exterior estudios por cuenta propia, conforme a las reglamentaciones sobre la materia.

⁷ Según dicha norma, el ICETEX “tendrá como finalidad fomentar y promover el desarrollo educativo y cultural de la nación, a través de préstamos personales y otras ayudas financieras a los estudiantes y familiares, y la óptima utilización del personal de alto nivel”.

h) Administrar el programa de becas del Gobierno de Colombia en el exterior para artistas nacionales.

i) Administrar los fondos destinados a financiar los programas de becas para estudiantes extranjeros que deseen adelantar estudios en Colombia, y colaborar con éstos en la realización de sus programas.

j) Ejercer supervisión académica sobre los estudiantes que gocen de los servicios de la Institución tanto dentro del país como en el exterior.

k) Coordinar la oferta y demanda de personal especializado en el exterior para satisfacer requerimientos de recursos humanos.

l) Patrocinar la venida al país de personal extranjero altamente calificado que pueda contribuir al desarrollo de la educación nacional.

m) Colaborar en las investigaciones sobre recursos y requerimientos de personal de alto nivel del país.

n) Promover el intercambio estudiantil a nivel internacional.

ñ) Administrar por contrato o delegación los fondos destinados al sostenimiento de becas y préstamos para la educación media y superior no universitaria.

o) Dirigir, organizar y controlar el colegio Mayor Miguel Antonio Caro, con sede en Madrid, España, y los demás programas de bienestar estudiantil que establezca el Gobierno para estudiantes colombianos en el exterior.

Parágrafo. Para el cumplimiento de sus objetivos tendrá como único criterio de selección de los aspirantes a sus servicios, el reconocimiento de la capacidad intelectual y del mérito personal". (Resalta la Sala)

Como puede apreciarse, bajo la citada norma, el ICETEX como establecimiento público podía realizar operaciones de crédito y de administración de fondos destinados a financiar becas y préstamos, con la connotación de que tales actividades eran consideradas como el cumplimiento de una *función administrativa* bajo las normas del derecho público en su condición de establecimiento público, por expresa disposición del artículo 5 del Decreto Ley 1050 de 1968, vigente para la época. Si la intención del Gobierno hubiese sido que las actividades del ICETEX fueran comerciales lo hubiese reorganizado como empresa industrial y comercial del Estado, sometida a las reglas del derecho privado, en los términos del artículo 6 del Decreto 1050, en concordancia con el 3130 de 1968, vigentes para ese momento,

Ley 18 de 1988 “por la cual se autoriza al Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior “ICETEX” para captar ahorro interno y se crea un título valor de régimen especial

Dispone la ley que además de las funciones contempladas en el Decreto Ley 3155 de 1968, el ICETEX podrá: *“a) Captar Fondos provenientes del ahorro privado y reconocer intereses sobre los mismos. b) Administrar directamente los fondos o celebrar contratos de fideicomiso, garantía, agencia o pago a que hubiere lugar”*. (Artículo 1).

Por su parte el artículo 2 ibídem, autorizó al ICETEX para que *“que directamente o a través de fideicomiso emita, coloque y mantenga en circulación, Títulos de Ahorro Educativo (T.A.E.) hasta por un monto de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000.) M/cte.”*⁸.

No obstante que el ICETEX continuaba con la naturaleza de establecimiento público (funciones administrativas), se observa una tendencia a profundizar la actividad financiera (comercial) de esa entidad a través de operaciones de crédito (captación de recursos del público para su colocación), las cuales estaban sometidas al control de la entonces Superintendencia Bancaria (Parágrafo 3 del artículo 2 de la Ley 18 de 1988). Incluso, a partir de ese momento es evidente el régimen mixto de contratación del ICETEX, en parte de derecho público, por ser un establecimiento de esa naturaleza, y de derecho privado para sus actividades financieras por disposición del artículo 5 de la Ley 18.

La mayor intervención del ICETEX en actividades propias del sector financiero y su incipiente participación en el mercado fue resaltada por la Sala en el Concepto 1045 de 1997, al sostener que la Ley 18 de 1988 autorizó al ICETEX *“para emitir, colocar y mantener en circulación un instrumento que le permite competir en el mercado del ahorro: el título de ahorro educativo (T.A.E.), cuya finalidad se circunscribe al crédito educativo, la financiación de proyectos de desarrollo de las instituciones de educación superior y al mantenimiento de la solidez del fondo que garantiza las obligaciones para con terceros, derivadas de la correspondiente captación de recursos”*. (Se resalta).

⁸ Según el citado artículo 2, los T.A.E tienen las siguientes características: “a) son títulos valores que incorporan el derecho a futuro de asegurar a su tenedor, que el ICETEX cancelará a su presentación y en cuotas iguales a las pactadas al momento de su suscripción, el valor de los costos de matrícula, de textos y de otros gastos académicos, que el título garantice. b) Son títulos nominativos. c) El vencimiento de estos títulos será hasta de 24 años. Las acciones para el cobro de los intereses y del capital del título prescribirán en cinco años contados desde la fecha de su exigibilidad. d) El valor de cada título podrá ser pagado íntegramente al momento de la suscripción o por instalamentos con plazos entre 12 y 60 meses.

Ley 30 de 1992 “Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior”

En su Título V “*del régimen estudiantil*”, Capítulo II, en relación con el ICETEX, fortaleció el Fondo de Crédito Educativo (artículo 112)⁹, creó otro fondo con recursos provenientes del presupuesto nacional para servir de garantía de los préstamos “otorgados por el sector financiero a los estudiantes de Educación Superior de escasos recursos económicos” (artículo 113)¹⁰, y reiteró que los recursos fiscales de la Nación destinados a becas y créditos educativos serán administrados por el ICETEX, entidad que adjudicará tales becas y créditos (artículo 114).

Se observa un fortalecimiento de la capacidad del ICETEX para que mediante los fondos que administra incrementa su oferta de crédito educativo, a la vez que se le permite interactuar con el sector financiero a través de una actividad típicamente mercantil como es la de ser garante de créditos otorgados por entidades financieras, operaciones que por su naturaleza se rigen por el derecho privado.

Decreto 663 de 1993 "Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración"

⁹ “Artículo 112. Para proveer y mantener un adecuado financiamiento de las matrículas y sostenimiento de los estudiantes, se fortalece el fondo de crédito educativo del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (Icetex). Este fondo contará con los recursos provenientes de: a) Rentas propias del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (Icetex). // b) Aportes del Presupuesto Nacional. // c) Recursos del Ahorro Educativo // d) El producto de las multas a que hace relación el artículo 48 de la presente ley. // e) Líneas de crédito nacional. // f) Líneas de crédito internacional con el aval de la Nación”.

¹⁰ Artículo 113. El Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (Icetex), a través de un fondo creado con recursos del Presupuesto Nacional, será garante de los préstamos otorgados por el sector financiero a los estudiantes de Educación Superior de escasos recursos económicos. Parágrafo. El Gobierno Nacional reglamentará esta materia y establecerá las comisiones que pueda cobrar el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (Icetex) por este concepto.

Artículo 114. Los recursos fiscales de la Nación, destinados a becas, o a créditos educativos universitarios en Colombia, deberán ser girados exclusivamente al Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (Icetex) y a él corresponde su administración. Esta entidad adjudicará los créditos y las becas teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes parámetros: a) Excelencia académica. // b) Escasez de recursos económicos del estudiante. // c) Distribución regional en proporción al número de estudiantes. // d) Distribución adecuada para todas las áreas del conocimiento. Parágrafo. Los recursos, que por cualquier concepto, reciban las distintas entidades del Estado, para ser utilizados como becas, subsidios o créditos educativos, deberán ser trasladados al Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el exterior (Icetex), para que éste los adjudique de conformidad a los criterios expresados en este artículo”.

Incluyó en la Parte X la regulación de las “*entidades con regímenes especiales*” y dentro del Capítulo X de ese título, la relacionada con el ICETEX. De esta manera, se dispone en el artículo 277 del citado decreto lo siguiente sobre su objeto:

“ARTICULO 277. OPERACIONES.

1. Operaciones autorizadas. *El Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, ICETEX, en desarrollo de su objeto social, podrá realizar, además de las funciones contempladas en su Estatuto Reorgánico, Decreto Ley 3155 de 1968, las siguientes:*

- a. Captar fondos provenientes del ahorro privado y reconocer intereses sobre los mismos, y*
- b. Administrar directamente los fondos o celebrar contratos de fideicomiso, garantía, agencia o pago a que hubiere lugar...”.*

Por su parte, el numeral 2 del artículo 277, en su texto original, retomaba la regulación de los Títulos de Ahorro Educativo dispuesta por la Ley 88 de 1988. Dicho numeral fue modificado por el artículo 31 de la Ley 1328 de 2009, y su nuevo texto es el siguiente:

“2. Títulos de Ahorro Educativo. *El Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Icetex, está autorizado para que directamente o a través de fideicomiso emita, coloque y mantenga en circulación, Títulos de Ahorro Educativo (TAE) con las siguientes características:*

- a) Los Títulos de Ahorro Educativo (TAE), son títulos valores que incorporan el derecho a futuro de asegurar a su tenedor, que el Icetex cancelará a su presentación y en cuotas iguales a las pactadas al momento de su suscripción, el valor de los costos de matrícula, de textos y de otros gastos académicos, que el título garantice.*
- b) Son títulos nominativos.*
- c) El vencimiento de estos títulos será hasta de 24 años. Las acciones para el cobro de los intereses y del capital del título prescribirán en cinco (5) años contados desde la fecha de su exigibilidad.*
- d) El valor de cada título podrá ser pagado íntegramente al momento de la suscripción o por instalamentos con plazos entre 12 y 60 meses.*

PARÁGRAFO 1o. *Las emisiones de los títulos a que se refiere el numeral 2 de este artículo requerirán de la autorización de la Junta Directiva del Icetex y el concepto favorable del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*

PARÁGRAFO 2o. *El monto total de las emisiones a que se refiere el numeral 2 de este artículo podrá ser hasta de una (1) vez el patrimonio neto del Icetex, determinado por la Superintendencia Financiera de Colombia”.*

La modificación sustancial que introduce la norma transcrita consiste en que el monto de la emisión de TAE no está limitada a un valor prefijado (cinco mil millones de pesos, según el artículo 2 de la Ley 18 de 1988), sino que estará en función del patrimonio neto del ICETEX deducido bajo las reglas de supervisión de la actividad financiera proferidas por la Superintendencia Financiera, lo que se traduce en cierta flexibilidad para la emisión de tales títulos, en la medida en que de conformidad con el artículo 9 de la Ley 1002 de 2005, el patrimonio del ICETEX está conformado, entre otros, por el “*superávit y resultados del ejercicio*”, lo que permite deducir que ante una mejor gestión comercial que lleve a aumentar el valor de su patrimonio neto, mayor será el monto de TAE que podrá emitir y, por lo mismo, mayor captación para, a su vez, incrementar la colocación de créditos educativos, lo que redundará en una mayor penetración en el mercado de dichos créditos.

Decreto 276 de 2004 “Por el cual se modifica la estructura del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior “Mariano Ospina Pérez”, Icetex, y se dictan otras disposiciones”

Fue proferido por el Presidente de la República con base en las funciones que especialmente le confieren el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política¹¹ y el artículo 54 de la Ley 489 de 1998.

No obstante, el Decreto 276 fue derogado expresamente por el artículo 28 del Decreto 380 de 2007¹² que estableció: “**Artículo 28.***Vigencia.* El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias en especial el Decreto 276 de 2004”. (Subraya la Sala).

En este sentido el Decreto 380 de 2007 dispone en el artículo 2 sobre las funciones del Presidente del ICETEX que, a su vez, es el representante legal, lo siguiente:

“Artículo 2º.Funciones del Despacho de la Presidencia. *Son funciones del Despacho de la Presidencia las previstas en el Decreto-ley 3155 de 1968, en la Ley 18 de 1988, en la Ley 30 de 1992, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*

¹¹ “Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) 16. Modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley...”.

¹² “Por el cual se establece la estructura del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior “Mariano Ospina Pérez” Icetex y se determinan las funciones de sus dependencias”.

contenido en el Decreto-ley 663 de 1993, en la Ley 1002 del 30 de diciembre de 2005, en las leyes que expresamente se refieran al Icetex, en los estatutos y en el Régimen Especial de Inspección y Vigilancia que expida el Gobierno Nacional acorde con su naturaleza de Entidad financiera de carácter especial”.

Como puede apreciarse, el Decreto 380 de 2007 alude a todas las normas analizadas en el presente acápite, las cuales, según se ha explicado, establecen el objeto y funciones del ICETEX, razón suficiente para concluir que las modificaciones normativas a lo largo del tiempo tienen como finalidad profundizar la participación del ICETEX en el mercado del crédito educativo, a través de diferentes instrumentos financieros, al punto que de ser un establecimiento público que cumplía, por definición, funciones administrativas, pasó a tener la naturaleza jurídica de entidad financiera estatal de carácter especial y, por lo mismo, a desarrollar la actividad financiera (comercial) cuyo objeto es captar recursos provenientes del ahorro del público para colocarlos a través del crédito educativo, la financiación de proyectos de desarrollo de las instituciones de educación superior, la administración de fondos destinados a financiar becas y préstamos educativos y el mantenimiento de la solidez del fondo que garantiza las obligaciones para con terceros, derivadas de la correspondiente captación de recursos mediante el instrumento financiero denominado título de ahorro educativo (T.A.E.) y otros que expresamente se le autoricen. El marcado carácter financiero de la actividad autorizada al ICETEX, fue recogido por la Ley 1002 de 2005 al punto de que no cabe duda que se trata de una entidad financiera estatal.

El análisis anterior relacionado con la naturaleza jurídica y objeto del ICETEX servirá de base para la determinación del régimen jurídico aplicable a los contratos que celebra.

C. Régimen contractual aplicable al ICETEX

Como ha quedado dilucidado, el recorrido institucional del ICETEX correspondió durante un largo período de tiempo a la naturaleza de establecimiento público que cumplía funciones administrativas, situación que se modificó sustancialmente al entrar en vigencia la Ley 1002 de 2005, a partir de la cual es una entidad financiera estatal de naturaleza especial, perteneciente al sector descentralizado por servicios del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, vinculada al Ministerio de Educación Nacional, cuyo objeto es la realización de actividades financieras (comerciales), según se ha explicado.

Corresponde verificar si el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebra, se acompasa con las disposiciones especiales que establecieron las señaladas modificaciones.

1. Ley 18 de 1988

Como se recordará, con dicha ley el ICETEX fue autorizado para captar recursos del ahorro privado a través del instrumento financiero TAE, con el propósito de colocar los recursos captados en operaciones activas de crédito educativo y financiación de proyectos de las instituciones de educación superior. Respecto de tales operaciones se dispuso:

“ARTÍCULO 5. Los contratos relativos a la emisión, colocación, administración, fideicomiso y garantía de los títulos autorizados en esta Ley, así como los préstamos e inversiones que puedan hacerse con ellos, se sujetarán a las reglas del derecho privado y a las aquí determinadas”.

Puede deducirse entonces que como establecimiento público los contratos celebrados para esa época por el ICETEX se regían de manera general por las normas de derecho público del Decreto - Ley 222 de 1983, vigente en su momento, y solo respecto de los contratos autorizados por la Ley 18 de 1988 se aplicaba el derecho privado por disposición del artículo 5 ibídem.

2. Decreto 2129 de 1992

Fue proferido con base en las facultades del artículo 20 transitorio de la Constitución Política y tuvo por objeto la reestructuración del ICETEX. En dicho decreto se estableció que el ICETEX “seguiría funcionando como establecimiento público del orden nacional” y cumpliría las funciones asignadas por el Decreto Ley 3155 de 1968 y la Ley 18 de 1988. En cuanto al régimen de sus contratos, el artículo 9 del Decreto 2129 disponía:

“ARTICULO 9o. CONTRATOS. Los contratos que celebre el ICETEX se sujetarán a las normas que rigen para los establecimientos públicos, salvo aquellos que la entidad celebre con personas naturales o jurídicas, en virtud de la captación y administración de fondos provenientes del ahorro privado, así como los préstamos e inversiones que puedan hacerse con dichos recursos en desarrollo de las funciones propias del ICETEX, que se someterán a las reglas del derecho privado conforme a lo establecido en la Ley 18 de 1988. Se someterán también a las reglas del derecho privado los contratos que celebre la entidad para la administración de los fondos de personas naturales o jurídicas de derecho privado, destinados a la financiación de estudiantes en el país o en el exterior”.

La norma transcrita ratifica lo sostenido por la Sala en el punto precedente, en el sentido de que el ICETEX tenía un régimen contractual mixto, de derecho público para su funcionamiento como establecimiento público, y de derecho privado para los contratos regulados expresamente en la disposición bajo estudio.

3. Decreto 663 de 1993

Dicho Decreto que comenzó a regir el 2 de mayo de 1993 (artículo 339), estableció en el numeral 8 del artículo 277: “**8. Régimen de contratación.** Los contratos relativos a la emisión, colocación, administración, fideicomiso y garantía de los Títulos de Ahorro Educativo, T.A.E., así como los préstamos e inversiones que puedan hacerse con ellos, se sujetarán a las reglas del derecho privado y a las aquí determinadas”, lo que significa que el régimen de contratación descrito en los numerales anteriores se mantuvo.

Debe reiterarse que las normas transcritas en los tres numerales anteriores daban un tratamiento diferenciado a los contratos que celebra el ICETEX para la captación de recursos y la colocación de los mismos a través del crédito educativo, los cuales se someten al derecho privado, de aquellos contratos que celebra para su funcionamiento como establecimiento público, regulados por el derecho público.

4. Ley 80 de 1993¹³

En vigencia de la Ley 80 de 1993 el ICETEX como establecimiento público y, por lo mismo, en su carácter de entidad estatal para efectos contractuales, según el artículo 2 de la Ley 80¹⁴, desarrollaba su actividad contractual, por regla general, bajo los mandatos de dicho Estatuto.

Lo anterior, sin perjuicio de que el ICETEX celebrara contratos estatales especiales sometidos exclusivamente al **derecho privado**, por expresa disposición de normas especiales como la Ley 18 de 1988, el Decreto 2129 de 1992 y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, a saber:

- a. Los contratos celebrados con personas naturales o jurídicas, en virtud de la captación y administración de fondos provenientes del ahorro privado, así como los préstamos e inversiones que puedan

¹³ Publicada en el Diario Oficial 41.094 del 28 de octubre de 1993. La mayoría de sus disposiciones comenzaron a regir el 1 de enero de 1994, por expreso mandato del artículo 81 ibídem.

¹⁴ “Artículo 2. De la Definición de Entidades, Servidores y Servicios Públicos. Para los solos efectos de esta Ley: //1o. Se denominan entidades estatales: //a) La Nación (...); los establecimientos públicos, las empresa industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga una participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten en todos los órganos y niveles (...). // b) (...) los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”. (Resalta la Sala).

hacerse con dichos recursos en desarrollo de las funciones propias del ICETEX;

- b. Los contratos celebrados para la administración de los fondos de personas naturales o jurídicas de derecho privado, destinados a la financiación de estudiantes en el país o en el exterior;
- c. Los contratos relativos a la emisión, colocación, administración, fideicomiso y garantía de los Títulos de Ahorro Educativo, T.A.E., así como los préstamos e inversiones que puedan hacerse con ellos.

5. Ley 1002 de 2005

Como se explicó en el capítulo correspondiente, mediante dicha ley se modificó la naturaleza jurídica del ICETEX de establecimiento público a la de una entidad financiera estatal de naturaleza especial. En el trámite del proyecto de ley se manifestó expresamente que el “marco legal” que rige tales establecimientos “en algunas ocasiones limita la innovación en las líneas de crédito y la ampliación de cobertura en educación superior”¹⁵, criterio que tiene pleno respaldo en lo expuesto en el capítulo anterior, pues un establecimiento público tiene por objeto cumplir funciones administrativas y para el 2005 la verdadera actividad del ICETEX giraba en torno a la actividad financiera (comercial). Entonces se propuso en el proyecto de ley 289 de 2005 – Senado, la siguiente norma:

“Artículo 9. Régimen jurídico. Los actos que realice el Icetex para el desarrollo de sus actividades comerciales o de gestión económica, estarán sujetos a las reglas del derecho privado. Los actos que realice para el cumplimiento de las funciones administrativas que le confían la ley y los estatutos, son actos administrativos.

*Los contratos y demás actos jurídicos que deba celebrar y otorgar el Icetex como entidad financiera de naturaleza especial, en desarrollo de **su objeto y operaciones autorizadas**, se sujetarán a las disposiciones del derecho privado. Los **demás contratos se regirán por el estatuto general de contratación de la administración pública**”. (Se resalta).*

Como puede apreciarse, la norma propuesta tenía semejanza material con el párrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, cuyo alcance ya fue comentado.

No obstante, en el informe de ponencia para primer debate se sostuvo que acorde con su nueva naturaleza jurídica de entidad financiera de naturaleza especial

¹⁵ Gacetas del Congreso 272 y 338 de 2005, contentivas de la exposición de motivos y el informe ponencia para primer debate, respectivamente.

debía buscarse un ICETEX “(...) más competitivo y eficiente, lo que permitirá contar con más recursos para financiar a más colombianos”¹⁶.

En otras palabras, si el ICETEX realizaba operaciones propias de las instituciones financieras y se buscaba profundizar su participación en el mercado del crédito educativo debía contar con un régimen jurídico especial que correspondiera con dicha actividad comercial, razón por la cual en el aludido informe de ponencia se cita la sentencia C – 508 de 1997 de la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

*"Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que existen también las que han sido llamadas "entidades de carácter especial". Si bien por razones técnicas y sistemáticas toda la organización administrativa debería concebirse sobre la base de tipos definidos de entidades, la dinámica y las cada vez más crecientes y diversas necesidades del Estado no hacen posible la aplicación de esquemas de organización estrictamente rígidos; en ciertas circunstancias surge la necesidad de crear entidades con características especiales como por ejemplo el Banco de la República o las corporaciones autónomas regionales; y la ley, en repetidas ocasiones, ha creado entidades con régimen especial"*¹⁷.

De esta manera se aprecia una sensible modificación al artículo propuesto en el proyecto de ley 289 de 2005-Senado en relación con el régimen jurídico del ICETEX en materia contractual, así:

"Artículo 8. Régimen Jurídico. Los actos que realice el Icetex para el desarrollo de sus actividades comerciales o de gestión económica y financiera estarán sujetos a las disposiciones del derecho privado. Los actos que expida para el cumplimiento de las funciones administrativas que le confían la ley y los estatutos se sujetan a las reglas previstas en el Código Contencioso Administrativo.

*Los contratos y demás actos jurídicos que deba celebrar y otorgar el Icetex como entidad financiera de naturaleza especial, en desarrollo de su objeto y operaciones autorizadas, **se sujetarán a las disposiciones del derecho privado**". (Resalta la Sala)*

Como se observa, la ponencia elimina la mención al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, debido a que el ICETEX en su nuevo carácter de entidad financiera estatal de naturaleza especial, realiza actividades financieras (comerciales) y participa en un mercado competitivo como es el del crédito educativo, por lo que en su actividad contractual debe estar en **igualdad** de condiciones al de las instituciones financieras privadas con las que compete, las cuales están sometidas al derecho privado, sin perjuicio de las legales y reglamentarias que regulan la actividad financiera (Estatuto Orgánico del

¹⁶ Gaceta del Congreso 338 de 2005.

¹⁷ Ibídem.

Sistema Financiero). De igual manera, las becas no constituyen una prestación económica exigible constitucionalmente, según lo ha señalado la Corte Constitucional.

“Sin duda, las becas son uno de los principales medios a través de los cuales el Estado y los particulares promueven la educación entre la población colombiana. En muchos casos las becas otorgadas por el Estado o por los particulares permiten que personas de escasos recursos accedan a la educación. Sin embargo, las becas no son prestaciones susceptibles de otorgarse universalmente como derechos sociales constitucionales. El acceso a becas de posgrado no hace parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la educación. Por lo tanto, ni el Legislador y ni el gobierno están en la obligación de proveer becas a todas las personas que carezcan de los recursos necesarios para sufragar los gastos de su educación de posgrado...”¹⁸.

Así las cosas, es claro que el objeto del ICETEX como entidad financiera estatal de naturaleza especial está predeterminado por la Ley, según se ha explicado y, por ende, su capacidad jurídica está dirigida a cumplir con las operaciones autorizadas y a ejecutar todos aquellos actos y contratos dirigidos a observar su deberes legales bajo el desarrollo de una actividad financiera (comercial), para lo cual la Ley 1002 de 2005 sujetó su función contractual a las disposiciones del derecho privado.

6. Ley 1150 de 2007

Como se precisa en el título mismo de la citada ley, esta no se limitó a introducir medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, sino que dictó disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos.

Al momento de entrar en vigencia dicha ley, el ICETEX ya tenía la calidad de entidad financiera estatal de naturaleza especial por virtud de la Ley 1002 de 2005, por lo que en atención a los mandatos de los artículos 13 y 15 de la Ley 1150 explicados al comienzo de este concepto, se deduce que los contratos estatales celebrados por el ICETEX están sometidos a un régimen especial en los siguientes términos:

a. Normas especiales de la Ley 1002 de 2005 y, en lo allí no previsto, las que rigen la contratación entre los particulares como son, entre otras, los Códigos Civil y de Comercio, así como el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para las actividades financieras que le han sido autorizadas;

¹⁸ Sentencia C – 552 de 2016.

b. Por lo mismo, su actividad contractual está excluida de las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993 y las normas que lo modifican o adicionan),

c. En atención a los artículos 13 y 15 de la Ley 1150 de 2007 aplicará los principios de la función administrativa y la gestión fiscal previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal (Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011).

En relación con los citados principios, es pertinente recordar lo sostenido por la Sala de manera reiterada¹⁹ en el sentido que la contratación estatal tiene un claro fundamento constitucional, razón por la cual toda la actividad contractual, desde la planeación de los futuros procesos de contratación hasta la liquidación (cuando sea procedente) de los contratos celebrados y ejecutados, debe tener en cuenta los principios consagrados en la Constitución Política, entre otros, los de legalidad (arts. 6, 121 y 122 C.P.), igualdad (art. 13 C.P., que se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición), debido proceso (art. 29 C.P.), buena fe (art. 83 C.P.), responsabilidad (art. 90 C.P.), prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P.), interés público (art. 2 C.P. y concordantes), libertad de competencia (art. 333 C.P.), imparcialidad, eficacia, moralidad, celeridad y publicidad (art. 209 C.P.), así como los principios de transparencia²⁰, economía²¹ y responsabilidad (particulares de esta actividad y contenidos en la Ley 80 de 1993, arts. 23 a 27), junto con la selección objetiva que ordena la Ley 1150 de 2007 (art. 5), y los principios de planeación²² y precaución.

¹⁹ 31 Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos n.º 2148, 2150 y 2156 de 2013, 2227 de 2014 y 2260 de 2015, solo por citar los más recientes.

²⁰ El principio de transparencia (art. 24 de la Ley 80 de 1993, art. 2 Ley 1150 de 2007) es de imperativa aplicación en los contratos celebrados por las entidades estatales sometidas al derecho privado, pues si bien a través de estos negocios jurídicos -en los que se compromete su gestión y los recursos del patrimonio público para facilitar el cumplimiento de las funciones a ellas asignadas- se flexibiliza el régimen jurídico contractual en algunos aspectos -por ejemplo, la modalidad de selección o la exigencia de garantías, entre otros-, su celebración y ejecución, además de ser imparcial, alejada de todo favoritismo y, por ende, extraña a cualquier motivo de carácter subjetivo (político, económico o familiar, etc.), es decir, objetiva, debe hacerse en forma visible, diáfana, clara, motivada, pública, abierta y accesible a los interesados y a la comunidad, quienes así pueden controvertirla y ejercer un control de esta forma de contratación.

²¹ En cumplimiento del principio de economía (art. 25 de la Ley 80 de 1993), y también del deber de planeación y del principio de buena fe precontractual, las entidades estatales no pueden iniciar procesos de contratación si con antelación al inicio del proceso de selección del contratista no han analizado la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y obtenido las autorizaciones y aprobaciones para ello (No. 7 art. 25), o no han elaborado los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones (No. 12 art. 25).

²² El principio constitucional de planificación y el deber de planeación contractual que surge del mismo, implica la necesidad de una política y conducta Estatal anticipadora y preventiva, con la cual se evite la producción de un daño con ocasión de posibles comportamientos que puedan

Cabe mencionar que estos principios de la contratación estatal que el Legislador enuncia, precisa y regula de manera concreta en los artículos 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993, según señaló la Corte Constitucional “...no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice.”

Por su parte, en relación con el artículo 267 C.P., en su actividad contractual el ICETEX debe considerar “que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de costos ambientales”, según lo dijo lo Sala en el Concepto 2264 de 2015.

Entonces es claro que al ICETEX como entidad financiera estatal especial, en lo atinente a la actividad contractual que desarrolle su objeto, no le es aplicable el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública aunque sí los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal.

D. La connotación de entidad financiera especial

Como ya se dijo, la Ley 1002 de 2005 mutó la naturaleza jurídica del ICETEX, de establecimiento público a entidad financiera estatal de naturaleza especial y en tal virtud participa en el mercado competitivo del crédito educativo.

De acuerdo con las previsiones normativas, hace parte de la Rama Ejecutiva - vinculado al Ministerio de Educación Nacional- aunque con sujeción a un régimen especial. Así, acorde con los lineamientos de esta Corporación que en varios de sus fallos ha dicho que el carácter público de una entidad no impide su sujeción al derecho privado cuando la ley así lo dispone²³, sus actividades económicas y comerciales se regirán por las disposiciones de derecho privado.

La Administración puede actuar de acuerdo con el derecho público o con el derecho privado, en la medida que lo prevea la ley. La decisión de actuar conforme al derecho privado es pertinente cuando se trata de realizar prestaciones pecuniarias, materiales o de servicios que también pueden ser realizadas por empresas privadas.

No obstante, cuando la Administración realiza funciones bajo la forma del derecho privado, se encuentra en todo caso vinculada a los derechos fundamentales, los

generar incumplimientos por las entidades estatales involucradas en general en los contratos, incluyendo los contratos y convenios interadministrativos (arts. 1, 2, 90, 334, 339, 341 y 365 C.P., 25, 26 y 50 y ss. Ley 80 de 1993).

²³ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 12 de febrero de 2012 y Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 2 de marzo del 2006. Expediente 29703.

principios generales del derecho administrativo y las normas de competencia, hasta el punto de que no tiene las libertades de los sujetos privados.²⁴

En este orden de ideas, se encuentra que el artículo 9 de la Ley 1002 estipula:

“ARTÍCULO 9o. PATRIMONIO Y FUENTES DE RECURSOS. El patrimonio del Icetex está integrado por los aportes efectuados por la Nación y demás entidades públicas, el valor de sus reservas, el superávit, la revalorización del mismo y los resultados del ejercicio. De acuerdo con el Plan General de Contabilidad Pública, se incluirá dentro del concepto de capital fiscal.

Son fuentes de recursos del Icetex, las siguientes:

- 1. Las partidas que con destino al Icetex se incluyan en el Presupuesto General de la Nación.*
- 2. Los ingresos provenientes de la prestación de sus servicios.*
- 3. Los rendimientos de las operaciones e inversiones que realice con recursos propios y de terceros.*
- 4. Los bienes e ingresos, utilidades, intereses y demás beneficios que se generen por las operaciones autorizadas.*
- 5. Los bienes e ingresos que como persona jurídica adquiera a cualquier título para el desarrollo de su objeto.*
- 6. Las donaciones que reciba de entidades públicas y de los particulares.*
- 7. Los demás bienes y recursos que determine el ordenamiento jurídico.”*

Lo anterior se traduce en que las operaciones del ICETEX se encuentran en gran medida respaldadas en recursos públicos, sin importar que se ciñan al derecho privado, y por tanto deben satisfacer los intereses generales y enmarcarse dentro de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Por otra parte, su gestión fiscal debe fundarse en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de costos ambientales.

Bien lo dice la doctrina especializada:

“(…) es importante no perder de vista la finalidad fiscal del patrimonio estatal, esto es, su calidad indiscutible de fuente de producción de ingresos públicos, como su

²⁴ Maurer Harmut. Derecho Administrativo Parte General. Marcial Pons. Páginas 339 y 340

*razón de ser y no simplemente como un objetivo apenas secundario o, peor aún, como un propósito ajeno a la gestión del patrimonio público. Se repite, el patrimonio estatal per se implica una finalidad fiscal, está llamado a generar ingresos públicos patrimoniales y, por ende, su explotación debe estar encauzada a la producción de tales recursos (...)*²⁵

Ahora bien, la verdadera especialidad de la entidad se centra en su objeto de fomento social de la educación superior con prioridad para la población de bajos recursos económicos y para aquella con mérito académico, a través de mecanismos financieros, la canalización y administración de recursos, becas y otros apoyos de carácter nacional e internacional, con recursos propios o de terceros, y el otorgamiento de subsidios para el acceso y permanencia en la educación superior de los estudiantes de estratos 1, 2 y 3.

En razón a su naturaleza especial, el ICETEX debe destinar los beneficios, utilidades y excedentes que obtenga al desarrollo de su objeto. (Artículo 2 de la Ley 1002 de 2005)

También lo hacen especial los siguientes aspectos:

- No está sometido a régimen de encajes ni a inversiones forzosas.
- No está obligado a destinar recursos de su portafolio para adquirir títulos de deuda pública, TES.
- Sus modalidades de crédito tienen intereses inferiores a los del mercado. (Ibídem)

E. La capitalización de intereses

Se encuentra prevista en el artículo 64 de la Ley 45 de 1990 en los siguientes términos: *“En operaciones de largo plazo los establecimientos de crédito podrán utilizar sistemas de pago que contemplen la capitalización de intereses, de conformidad con las reglamentaciones que para el efecto expida la Junta Monetaria.”*

Al respecto, ha dicho la Superintendencia Financiera:

“(…) en materia de capitalización de intereses o interés compuesto, la Ley 45 de 1990 estipuló que las partes en un negocio gozan de autonomía para determinar la cuantía, plazo y periodicidad en que estos deben cancelarse, permitiendo que los mismos puedan incrementar el capital de la obligación de forma que periódicamente se añadan al saldo de la deuda los intereses vencidos, resultantes del retardo en el pago de las cuotas. Al respecto en el artículo 64 se estipuló:

²⁵ Muñoz Gabriel. Los ingresos de la Hacienda Pública en: Curso de Derecho Presupuestario. Universidad Externado de Colombia. Página323.

Artículo 64. Aplicación de las normas sobre límites a los intereses. Para los efectos del artículo 884 del Código de Comercio, en las obligaciones pactadas en unidades de poder adquisitivo constante (UPAC) o respecto de las cuales se estipule cualquier otra cláusula de reajuste, la corrección monetaria o el correspondiente reajuste computará como interés. En cualquier sistema de interés compuesto o de capitalización de intereses se aplicarán los límites previstos en el mencionado artículo. Sin embargo, dichos límites no se tendrán en cuenta cuando se trate de títulos emitidos en serie o en masa, cuyo rendimiento esté vinculado a las utilidades del emisor.

Parágrafo primero. En operaciones de largo plazo los establecimientos de crédito podrán utilizar sistemas de pago que contemplen la capitalización de intereses, de conformidad con las reglamentaciones que para el efecto expida la Junta Monetaria.

A su turno, el Decreto 1454 de 1989 "por el cual se reglamentan disposiciones en materia de intereses", en el inciso 2° del artículo 1° dispuso:

*(...) **no se encuentra prohibido el uso de sistemas de pago que contemplen la capitalización de intereses**, por medio de los cuales las partes en el negocio determinan la cuantía, plazo y periodicidad en que deben cancelarse los intereses de una obligación. Únicamente el retardo en el pago de las cuotas de intereses resultantes de la aplicación de dichos sistemas, respecto de obligaciones civiles, está sujeto a la prohibición contemplada en la regla 4ª del artículo 1617 y el artículo 2235 del Código Civil; tratándose de obligaciones mercantiles, solamente el retardo en el pago de las cuotas de intereses resultantes da lugar a la aplicación del artículo 886 del Código de Comercio" (negrillas extratexto).*

De manera armónica, el artículo 121 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en sus numerales 1 y 2 autoriza a las entidades el uso de los sistemas de pago que contemplen la capitalización de intereses así:

- 1. **En operaciones de largo plazo** los establecimientos de crédito **podrán utilizar sistemas de pago que contemplen la capitalización de intereses**, de conformidad con las reglamentaciones que para el efecto expida el Gobierno Nacional" (negrillas extratexto).*
- 2. Las entidades que concedan créditos de mediano o largo plazo denominados en moneda legal deberán ofrecer a los usuarios sistemas de pagos alternativos con las siguientes características:*

(...)

*b) Un sistema que ofrezca como beneficio para el deudor programas de amortización **que contemplen la capitalización de intereses** conforme al artículo 886 del Código de Comercio y de acuerdo con las condiciones que para el efecto establezca el Gobierno Nacional.*

(...)²⁶

Nótese que la capitalización de intereses obedece a un sistema de pago que surge de la autonomía de la voluntad, aspecto de la mayor importancia para construir las relaciones comerciales y civiles entre acreedores y deudores; en este sentido, el respeto y la protección constitucional que surgen al momento de emitir la manifestación para contratar, tiene como contraprestación el deber para las personas obligadas de cumplir de buena fe con la palabra dada en los precisos y estrictos términos del contrato.²⁷

F. La recuperación de cartera

De conformidad con las previsiones contenidas en la Ley 1002 de 2005, el ICETEX realiza actividades financieras en un mercado competido, lo que obliga a que en sus operaciones esté en igualdad de condiciones con las entidades financieras privadas.

Claro está, pese a que su actividad crediticia se rige por el derecho privado, le son aplicables los principios que rigen la gestión fiscal, vale decir eficiencia, economía, equidad y valoración de costos ambientales, pues para el desarrollo de su objeto emplea dineros públicos (Ley 1002, artículo 9).

En tal medida, tales recursos están llamados a ser conservados y deben además ser explotados para la producción de recursos adicionales.

Empero, por diferentes factores los deudores de créditos educativos pueden incurrir en mora, situación que obliga a implementar estrategias de manejo y mejoramiento de cartera.

En este punto es preciso anotar que la Ley 1886 de 2018 “[p]or medio de la cual se regula el cobro del gasto pre jurídico y jurídico en los créditos educativos del Icetex” dispone:

“Artículo 1º. Adiciónense dos párrafos nuevos al artículo 2 de la Ley 1002 de 2005, los cuales dirán así:

Parágrafo 5º. El Icetex, para todos los efectos, asumirá los gastos en los que incurra por concepto de la cobranza prejurídica y jurídica de cartera de créditos educativos hasta el momento en que se notifique el auto admisorio de la demanda.

Parágrafo 6º. En acato a la prevalencia de la condición de beneficiario, se preferirá que el Icetex de forma autónoma, directa y sin intermediación, celebre acuerdos de

²⁶ Concepto 2014109570-003 del 28 de enero de 2015.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T 309 de 2016.

pago que permitan la extinción de la obligación, la normalización o la refinanciación o, la puesta en marcha de planes o brigadas de normalización de cartera u otros, sin que la causación de honorarios sobre recaudos esté a cargo del deudor. Lo anterior, sin importar la etapa procesal en la que se encuentre.”

Una mala cartera es connatural a la actividad crediticia de cualquier entidad financiera y para evitarlo debe tenerse especial diligencia y cuidado al momento de otorgar un préstamo; no obstante, pueden aparecer circunstancias impredecibles que pueden afectar la calificación de dicha cartera.

Es así que en casos extremos, la situación de mora de algunos deudores puede colocar en alto riesgo la recuperación de los dineros prestados, situación que amerita que las entidades financieras estatales puedan asumir soluciones igualmente extraordinarias en aras de evitar una pérdida total o mayor del patrimonio estatal comprometido en operaciones de crédito educativo, como sería llegar a la condonación parcial del capital.

Precisa la Sala que como en todo caso se trata de recuperar dineros que han sido prestados, la condonación del capital de la deuda no puede ser total, pues claramente se ocasiona un deterioro de la estructura financiera y presupuestal de la entidad, en perjuicio de futuros beneficiarios del crédito educativo.

Bien lo señala la Ley 819 de 2003 *“Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”*

“ARTÍCULO 25. RESPONSABILIDAD FISCAL EN RESTRUCTURACIONES DE CARTERA: Las entidades financieras de carácter público al efectuar reestructuraciones de créditos, rebajas o condonaciones de intereses a sus deudores morosos ***deberán realizarlo conforme a las condiciones generales del mercado financiero y con la finalidad de: recuperar su cartera, evitar el deterioro de su estructura financiera y presupuestal y, propender por la defensa, rentabilidad y recuperación del patrimonio público.”*** (subraya la Sala)

En la historia de la aprobación de la señalada ley se destaca lo consignado en el informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley 159 de 2002-Senado, 230 de 2002-Cámara, en donde se lee:

“También se incluye un nuevo artículo sobre responsabilidad fiscal en materia de reestructuración de cartera por parte de las entidades financieras de carácter público dado que al tener que estar compitiendo en igualdad de condiciones en el mercado financiero debe preverse que sus operaciones sean bajo las reglas del mercado pero que no se deteriore el patrimonio público (...)”²⁸

²⁸ Gaceta del Congreso 259. Lunes 9 de junio de 2003. Página 9.

Es así que la posibilidad de condonar capital en el mercado financiero ha sido admitida por la Superintendencia Financiera tanto para entidades financieras privadas como para las estatales. Dice la doctrina especializada de la superintendencia en el concepto 2002001779-1 del 11 de marzo de 2002:

*"Sea lo primero precisar que las instituciones financieras del Estado creadas por iniciativas gubernamentales, ya sea mediante la constitución de sociedades de economía mixta (artículo 97 de la Ley 489 de 1999) o de empresas industriales y comerciales (artículo 85, ibídem), u originadas por efecto de las capitalizaciones del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras FOGAFÍN, en virtud de lo señalado en el numeral 4 del artículo 320 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (oficialización), **se rigen en materia de reestructuración de créditos por los mismos parámetros de las entidades de carácter privado.** Pues bien, obsérvese que en el derecho positivo colombiano impera el principio de la autonomía de la voluntad, según el cual las normas que regulan los contratos son normas supletorias de la voluntad de los contratantes, es decir, impera la libertad contractual, cuando estos al celebrarlos, acatan las prescripciones legales y respetan el orden público y las buenas costumbres. En este sentido, es válido que las partes acuerden modificaciones a las obligaciones originarias y, por ende, proceda de la reestructuración de las derivadas de los contratos de mutuo, entendida ésta como cualquier mecanismo instrumentado mediante la celebración de cualquier negocio jurídico, que tenga por objeto modificar las condiciones originalmente pactadas con el fin de permitirle al deudor la atención adecuada de su acreencia. En caso específico de las entidades financieras dichas reestructuraciones también se realizan dentro de su órbita privada, siendo ellas quienes deciden efectuarlas o no. Sin embargo, cabe señalar que en caso de llevarlas a cabo **deberán observar los parámetros señalados en el Capítulo II de la Circular Básica Contable y Financiera (Circular Externa 100 de 1995) sobre la evaluación del riesgo crediticio,** instructivo que puede consultar en nuestra página web: www.superbancaria.gov.co, ícono normatividad 1 . **Así mismo, respecto de los bancos oficiales, debe precisarse que no se encuentran sometidos a disposiciones especiales ni las excluyen de la aplicación de los preceptos sobre reestructuración de créditos; por lo tanto, es facultativo de la entidad modificar las condiciones iniciales de la obligación, otorgar prórrogas, conceder períodos de gracia, y condonaciones de intereses o capital; con sujeción a las normas sobre riesgo crediticio.** En este punto, valga la pena mencionar lo expresado por esta Superintendencia en el siguiente sentido: "Para el caso específico del sector financiero, es de resaltar que quienes desarrollan profesionalmente la actividad de intermediación financiera deben atender una doble responsabilidad, es decir, como comerciante y más aún, como ente depositario de la confianza pública en general en cuanto maneja recursos captados del conglomerado, por lo que debe cumplir las normas especiales aplicables a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, toda vez que el legislador no consignó un tratamiento especial entrándose del Estado Banquero. (...) En este orden de ideas, las instituciones financieras de carácter estatal dentro del giro ordinario de sus negocios necesariamente debe estar sujetas a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades, motivo por el cual puede*

*concluirse que (...) se encuentra facultada para reestructurar sus créditos de conformidad con lo previsto en el Capítulo II de la Circular Externa 100 de 1995, **pudiendo incluso condonar sumas a los deudores por concepto de capital, intereses corrientes o de mora; sin perder de vista que las políticas y decisiones que sobre el particular adopten no causen un mayor perjuicio a la entidad a su cargo**²⁹(Resalta la Sala)*

Así las cosas, el ICETEX no solamente tiene una doble responsabilidad que se deriva de su calidad de comerciante y de depositario de la confianza pública, sino que además tiene la carga de ser un buen administrador de recursos públicos.

Pues bien, la condonación de capital puede ser adoptada como mecanismo excepcional y de última instancia para la reestructuración de créditos, ajustada a parámetros mínimos de evaluación de riesgo crediticio:

Para ello el ICETEX deberá contar con un Sistema de Administración del Riesgo Crediticio que lo evalúe permanentemente, tanto en el momento de otorgar los créditos como a lo largo de la vida de los mismos, pues existe la posibilidad de que se incurra en pérdidas como consecuencia de que un deudor incumpla sus obligaciones.

En consecuencia, corresponderá a un comité de cartera adoptar, con la máxima diligencia y cuidado, instrumentos de recuperación de cartera por lo menos ajustados a los parámetros establecidos por la Circular Externa 100 de 1995, y en lo posible mejorarlos y perfeccionarlos para que se adapten a las particularidades de su objeto.

Los procedimientos deben ser claros y precisos, con definición de criterios y formas mediante los cuales se evalúa, se asume, se califica, se controla y se cubre el riesgo crediticio.

Como componentes básicos del sistema se encuentran:

- Políticas de administración del riesgo.
- Procesos de administración del riesgo
- Modelos internos o de referencia para la estimación o cuantificación de pérdidas esperadas
- Sistema de provisiones para cubrir el riesgo.

²⁹<https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?IServicio=Publicaciones&ITipo=publicaciones&IFuncion=loadContenidoPublicacion&id=18796&dPrint=>

- Procesos de control interno³⁰

Subraya la Sala que en todo caso los medios de recuperación de cartera que implemente el ICETEX no pueden favorecer la cultura de no pago.

G. La realidad de la cartera de difícil cobro del ICETEX

Al inicio del año 2018 existían 52.000 deudores que implicaban una cartera vencida cercana a un año por una suma cercana a trescientos cuarenta y dos mil millones de pesos (\$342.000.000.000).

Debido a la dificultad de su recaudo, el ICETEX vendió dicha cartera a la Central de Inversiones S.A. CISA y obtuvo por la operación sesenta y tres mil millones de pesos (\$63.000.000.000) o sea el 18.5 %.

El ICETEX anunció que dicho contrato tuvo como finalidad ampliar el campo de negociación y buscar alternativas de pago con destino a la financiación de la educación superior.³¹

Se aprecia entonces que frente a las innegables dificultades para brindar alivios a los deudores en mora, el ICETEX ha debido recurrir a otro ente con mayores herramientas para el recaudo y con ello poder recuperar solo una parte de su cartera de difícil cobro.

Si la entidad tuviera más y mejores mecanismos de negociación con los deudores en mora, principalmente con aquellos que representan una cartera de difícil recaudo, sería de esperar que la recuperación de dineros fuese mayor que el monto obtenido por las operaciones de venta de cartera a las que se ha visto obligada a acudir.

Dentro de tales mecanismos la condonación parcial de capital surge como un instrumento valioso aunque *in extremis* para recuperar recursos que deben ser reinvertidos por el ICETEX en el desarrollo de su objeto.

Por otra parte es menester recordar que el ICETEX se desenvuelve en un ámbito de competencia con otras entidades financieras que sí cuentan con la posibilidad de condonar parcialmente capital dentro de su política para el manejo de cartera vencida, situación que lo pone en desventaja dentro del mercado de crédito educativo.

³⁰Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Externa 100. Capítulo II.

³¹<https://portal.icetex.gov.co/Portal/Home/prensa/2018/01/05/icetex-y-cisa-firman-contrato-interadministrativo-que-permitir%C3%A1-financiar-11.000-nuevos-cr%C3%A9ditos-educativos>

H. Caso concreto

La educación se fundamenta en una concepción integral de la persona, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes. Esta garantía se encuentra regulada en los artículos 67, 68 y 69 de la Constitución Política, como un derecho de carácter fundamental y de servicio público, que contiene una función social.³²

También ha señalado la jurisprudencia constitucional lo siguiente:

“La Corte ha indicado en distintos pronunciamientos que la educación (i) es una herramienta necesaria para hacer efectivo el mandato de igualdad del artículo 13 superior, en tanto potencia la igualdad de oportunidades; (ii) es un instrumento que permite la proyección social del ser humano y la realización de otros de sus demás derechos fundamentales; (iii) es un elemento dignificador de las personas; (iv) es un factor esencial para el desarrollo humano, social y económico; (v) es un instrumento para la construcción de equidad social³³, y (vi) es una herramienta para el desarrollo de la comunidad, entre otras características”

Corresponde entonces al ICETEX fomentar la educación superior con prioridad para la población de bajos recursos económicos y para aquella con mérito académico, para lo cual cuenta con dineros públicos que deben ser gestionados con eficiencia, economía y equidad.

Una de las vías con que cuenta la entidad para cumplir su objeto es el otorgamiento de créditos que se instrumentan en contratos de mutuo, que a la luz del artículo 12 del Decreto 1050 de 2006 *“Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1002 del 30 de septiembre de 2005”*, deben ser reembolsables.

Dice el mencionado decreto:

“Artículo 12. Partidas de la Nación. De conformidad con lo previsto en el numeral primero del artículo 9º de la Ley 1002, las partidas que se incluyan en el Presupuesto General de la Nación con destino al Icetex, serán transferidas a través del Ministerio de Educación Nacional.

Las partidas para créditos reembolsables pasarán a conformar el patrimonio del Icetex, y las demás partidas financiarán directamente el objeto del gasto para los cuales fueron creadas.”

En lo pertinente, el Reglamento de Crédito Educativo de la entidad, en su artículo 45 establece que es obligación de los beneficiarios de las líneas de crédito:

³² Ibídem.

³³ Corte Constitucional. Sentencia T-787 de 2006.

“d) Cumplir con el pago oportuno de las cuotas mensuales y sucesivas correspondientes al pago de los amparos (prima de seguros), el capital, los intereses corrientes y de mora si se causaren y cualquier otro costo imputable a la deuda; (...)

No obstante y a pesar de que en principio todo crédito educativo debe ser pagado en su totalidad por los beneficiarios, la Ley 1753 de 2015 “[p]or la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, en su artículo 61 dispone:

“ARTÍCULO 61. Focalización de subsidios a los créditos del Icetex. Los beneficiarios de créditos de educación superior que se encuentren en los estratos 1, 2, y 3, priorizados en el Sisbén, dentro de los puntos de corte establecidos por el Ministerio de Educación Nacional, y que terminen su programa, solo pagarán el capital prestado durante su período de estudios, más la inflación causada de acuerdo con los datos publicados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), correspondientes al periodo de amortización.

El Gobierno Nacional propenderá por un aumento de cobertura de los créditos del Icetex entre la población no focalizada por el subsidio con el objeto de ampliar el otorgamiento de créditos. El Icetex podrá ofrecer opciones de crédito sin amortizaciones durante el periodo de estudios, sin exigencia de colaterales, que podrá incluir apoyos de sostenimiento diferenciales por el municipio o distrito de origen del beneficiario, y que cubran la totalidad de costos del programa de estudios. El Icetex garantizará acceso preferente a estos beneficios para quienes estén matriculados en programas o instituciones con acreditación de alta calidad.

Asimismo, con el propósito de incentivar la permanencia y calidad, se concederá una condonación de la deuda de los créditos de Educación Superior otorgados a través del Icetex, de acuerdo con lo que reglamente el Gobierno Nacional, a las personas que cumplan los siguientes requisitos:

- 1. Estar en los estratos 1, 2, y 3, priorizados en el Sisbén, dentro de los puntos de corte establecidos por el Ministerio de Educación Nacional, al momento del otorgamiento del crédito.*
- 2. Que los resultados de las pruebas Saber Pro estén ubicados en el decil superior en su respectiva área.*
- 3. Haber terminado su programa educativo en el periodo señalado para el mismo.*

La Nación garantizará y destinará al Icetex los recursos requeridos para compensar los ingresos que deja de percibir por los conceptos anteriores.

Desde 2018 los créditos y becas financiados por el Icetex estarán destinados únicamente a financiar programas que cuenten con acreditación o en su defecto programas en instituciones de educación acreditadas institucionalmente.

PARÁGRAFO PRIMERO. Los créditos de educación superior otorgados a la

fecha de entrada en vigencia de la presente ley, continuarán con las mismas condiciones que obtuvieron al momento de su otorgamiento.

PARÁGRAFO SEGUNDO. *Las tasas de interés que aplica el Icetex deberán estar siempre por debajo de las tasas de interés comerciales para créditos educativos o de libre inversión que ofrezca el mercado. Los márgenes que se establezcan no podrán obedecer a fines de lucro y tendrán por objeto garantizar la sostenibilidad y viabilidad financiera del sistema de créditos e incentivos que ofrece el Icetex.*”(Resalta la Sala)

El artículo transcrito contiene una orden al ICETEX: deberá condonar los créditos indicados siempre que se cumplan los requisitos enumerados en la misma norma. Por cuanto se trata de una orden que no deja margen a la autonomía de la entidad financiera, precisamente, la Nación se compromete a “compensar los ingresos que deja de percibir por los conceptos anteriores”.

La condonación de capital en ciertas y especiales circunstancias no es una operación extraña para el ICETEX, y en el evento transcrito es evidente que no se trata de un acto de mera liberalidad, en tanto y en cuanto persigue la finalidad de conseguir el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país mediante el fomento de la educación superior.

La disposición de la Ley del Plan Nacional del Desarrollo 2014-2018 también muestra un balance entre lo social y lo financiero, al punto que si bien es cierto el objeto del ICETEX tiene un marcado componente social, no puede olvidarse que se debe siempre proteger el patrimonio público.

Es así que no puede desconocerse que por diferentes factores los deudores de créditos educativos pueden incurrir en mora, situación que obliga a las entidades financieras a implementar mecanismos de manejo y mejoramiento de cartera.

La Ley 1002 de 2005 claramente establece que el ICETEX es una entidad financiera estatal, y las entidades financieras así sean estatales, al otorgar crédito pueden realizar todos aquellos actos jurídicos tendientes a recuperar la cartera tales como el cobro o la reestructuración de créditos, incluida la condonación de intereses y de quitas de capital, pues el desarrollo de su objeto incorpora todos aquellos actos jurídicos y actividades financieras que se relacionen directamente con dicho objeto.³⁴

En este punto es preciso tener en cuenta que esta Sala ha dicho en varias oportunidades que las entidades públicas al adelantar labores de cobro deben verificar la relación costo-beneficio y podrán incluso desistir de las gestiones a que haya lugar si resulta ser negativa para la entidad, lo que a la postre se traducirá en la extinción de la obligación, pues no puede sostenerse de manera irreflexiva que

³⁴ Ley 1002 de 2005. Artículo 4.

el Estado deba efectuar el cobro de obligaciones a su favor cuando efectuados los análisis pertinentes se establezca que se va a generar un detrimento o pérdida para el patrimonio público.³⁵

La finalidad ante todo consiste en la recuperación efectiva de dinero sin generar pérdidas para las entidades, es decir que el manejo y mejoramiento de cartera debe ser eficaz y eficiente, con el fin de obtener liquidez para las entidades.

Entonces, en eventos extremos puede ocurrir que una vez efectuadas todas las gestiones posibles para la recuperación de cartera, estas arrojen como resultado que solamente se pueda recuperar parte del capital adeudado, caso en que de manera excepcional y como *ultima ratio* la condonación de capital es viable siempre y cuando se efectúe en las condiciones generales del mercado financiero, y no verse sobre la totalidad.

De ninguna manera las estrategias de recuperación de cartera pueden implicar la condonación total del capital, pues se atentaría contra la finalidad misma de esa estrategia pues por definición lo que se busca es obtener el pago de lo adeudado, así sea en parte. En síntesis de lo que se trata es de condonar quitas de capital de tal manera que el ICETEX como acreedor se asegure el cobro de una parte de la deuda ante la incertidumbre de no cobrar nada.

Ahora bien, en principio podría pensarse que con la condonación de capital se podría vulnerar lo consagrado en el artículo 355 de la Constitución que a la letra señala:

“Artículo 355. 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.

Empero, la Corte Constitucional ha señalado que tal mandato no es absoluto, pues es deber del Estado apoyar diversas actividades y otorgar incentivos si es imperioso para realizar una finalidad esencial del Estado, siempre con fundamento en una norma o principio constitucional y que no se trate de un acto de mera

³⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Conceptos 2170 de 2013 y 2285 de 2016.

liberalidad, con la finalidad de conseguir el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país.³⁶

Se destaca que no existe ningún reparo sobre una eventual violación al artículo 355 constitucional cuando en las políticas de normalización de cartera se contempla la condonación de intereses, y entiende la Sala que tampoco debería existir si se trata de la condonación parcial de capital, pues ambos eventos implican una disposición de patrimonio público justificada *in extremis* para evitar el deterioro de la estructura financiera y presupuestal del sistema.

Con una estrategia que implique como solución última la condonación de parte del capital a los deudores del ICETEX que se encuentren en mora, se ayuda a garantizar una de la finalidades del Estado cual es el reconocimiento de la dignidad de las personas al facilitar el acceso a la educación mediante la recuperación así sea parcial de recursos económicos que deben ser nuevamente empleados en el fomento de la educación superior con prioridad para la población de bajos recursos económicos y para aquella con mérito académico.

En lo que a la capitalización de intereses respecta, es un mecanismo que surge en virtud de la voluntad libre y autónoma de las partes, que consiste en que se incrementa el saldo de la deuda con los intereses causados durante el período en que el beneficiario estudia, lo que constituye un nuevo capital, que como ya se ha señalado también podría ser condonado con la finalidad y las limitaciones anotadas.

De llegarse al caso límite de condonar parte del capital, no puede pasarse por alto que es menester exigir que se asuma la responsabilidad de quienes hayan tenido a su cargo el estudio y aprobación de los créditos, la administración del riesgo y de los procesos de control interno, pues como se anotó en acápite anterior, el ICETEX debe contar con un Sistema de Administración del Riesgo Crediticio que los evalúe permanentemente, tanto en el momento de otorgarlos como a lo largo de la vida de los mismos, pues existe la posibilidad de que se incurra en pérdidas como consecuencia de que un deudor incumpla sus obligaciones.

Adicionalmente, a aquellas personas que se encarguen de la negociación e implementación de las condonaciones deberá exigírseles el máximo nivel de diligencia y cuidado, así como un total apego a los procedimientos. Sus actuaciones deberán estar siempre precedidas de concepto favorable del comité de cartera del ICETEX.

Para finalizar, y en aras de conferir mayor claridad y seguridad a la temática, esta Sala recomienda al Gobierno Nacional la expedición de un decreto reglamentario que entre otros aspectos se ocupe de:

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-027 de 2016.

1. Mecanismos de reestructuración de cartera.
2. Procesos de administración del riesgo de impago.
3. Procesos de control interno.
4. Funcionamiento del comité de cartera.
5. Requisitos para condonación de quitas de capital y de intereses.

III. La Sala RESPONDE:

Previamente a dar respuesta a las preguntas de la Ministra, la Sala acota que este concepto se refiere exclusivamente al ICETEX, y que el análisis y respuestas aquí vertidos no deben extenderse a otras entidades financieras estatales.

1. ¿Puede legalmente el ICETEX, como entidad financiera de naturaleza especial, implementar la política de realizar acuerdos de pago en los cuales se incluya la posibilidad de condonar parte del capital adeudado por los beneficiarios con ocasión del crédito educativo sustentado en un contrato de mutuo que se rige por la condiciones del derecho privado, entendiendo que se trata de recursos de naturaleza pública?

2. ¿El capital obtenido después de la aplicación de la figura de la capitalización puede ser igualmente objeto de condonación en el escenario del acuerdo de pago antes expuesto?

Por su unidad temática se absuelven las preguntas 1 y 2.

El ICETEX puede legalmente implementar mecanismos de acuerdos de pago en los que, como último recurso para recuperar cartera, se contemple excepcionalmente la posibilidad de condonación de parte del capital adeudado, en los términos y condiciones expuestos en este concepto, y en particular sujeto a la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

3. En caso de ser afirmativa la respuesta a las preguntas 1 y 2:

¿Existe algún límite para condonar parte del capital adecuado con ocasión del crédito educativo?

¿Cuál será ese límite y de que criterio depende?

La condonación de capital adeudado es viable, siempre y cuando se efectúe como último recurso para la recuperación de cartera, se haga de acuerdo con las

condiciones generales del mercado financiero, y no se condone totalmente el capital, salvo que se expida una norma legal que así lo autorice.

En todo caso, la Junta Directiva del ICETEX deberá adoptar los parámetros de la Circular Externa 100 de 1995 de la Superintendencia Financiera o implementar sus propios parámetros dentro del marco de la mencionada circular.

4. En caso de ser negativa la respuesta a las preguntas 1 y 2. ¿Qué razones impiden o prohíben adoptar e implementar esa política para la recuperación de la cartera?

Toda vez que las respuestas a las preguntas 1 y 2 son positivas, no hay lugar a responder este interrogante.

Remítase a la Ministra de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Presidente de la Sala

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala