

MEMORANDO

OAJ – 2023-2200-0007571-3

PARA: Dinorah Patricia Abadía Murillo
Vicepresidenta de Fondos en Administración

DE: Jefe Oficina Asesora Jurídica

FECHA: 8 de septiembre de 2023

ASUNTO Exigibilidad de garantías en convenios de cooperación

Estimada Patricia reciba un cordial saludo:

Con ocasión de la consulta formulada esta Oficina presenta como problema jurídico a resolver, el siguiente:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿En el marco de convenios especiales de cooperación celebrados entre entidades públicas con régimen de derecho privado, resulta viable legalmente la exigencia de pólizas de garantía?

2. TESIS

En el marco de la autonomía de la voluntad que caracteriza las convenciones que se rigen por las disposiciones del derecho privado, las partes en conjunto están en libertad de exigirse o no, la constitución recíproca de garantías de cumplimiento y cualquier determinación que se adopten en uno u otro sentido, tendrá sustento en los análisis de riesgo realizados en el marco de sus ejercicios de planeación contractual.

En todo caso, sus actuaciones deberán ceñirse a los postulados de la buena fe en cumplimiento del mandato constitucional del artículo 83 superior.

3. MARCO NORMATIVO

- **Constitución Política de 1991:**

“ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

“ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

- **Código Civil:**

“ARTICULO 26. <INTERPRETACION DOCTRINAL>. Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares.

Las reglas que se fijan en los artículos siguientes deben servir para la interpretación por vía de doctrina.”

“ARTICULO 30. <INTERPRETACION POR CONTEXTO>. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.”

“ARTÍCULO 1602. <LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES>. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

“ARTÍCULO 1603. <EJECUCION DE BUENA FE>. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”

- **Decreto 1068 de 2015:** “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional”

“Artículo 2.2.1.2.1.4.5. No obligatoriedad de garantías. En la contratación directa la exigencia de garantías establecidas en la Sección 3, que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1 del presente decreto no es obligatoria y la justificación para exigir las o no debe estar en los estudios y documentos previos.”

4. CONSIDERACIONES:

Comencemos por precisar que, el presente análisis toma en consideración el régimen de derecho privado que gobierna los actos y contratos tanto del ICETEX como del potencial cooperante y las consecuencias que esto trae consigo en sus relaciones jurídicas, en las cuales, sin duda alguna, toma particular relevancia el principio de autonomía de la voluntad entendido como aquel poder de las partes, reconocido por el ordenamiento jurídico para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que respete los límites que le dictan el orden público y las buenas costumbres.

De igual manera, destacamos que, la recomendación que más adelante se formulará tiene sustento en principios negociales como el de la buena fe en la ejecución de los acuerdos de voluntades, con una función reguladora de las relaciones entre las partes, esto es que su aplicación debe irradiar sus relaciones jurídicas máxime en casos como el que nos ocupa en el que, por mandato del artículo 209 superior, las entidades públicas deben colaborar armónicamente en procura del cumplimiento de los fines del Estado.

Régimen de derecho privado de los actos y contratos:

Iniciamos por recordar lo que implica desde la perspectiva legal el hecho que la ley determine un régimen de derecho privado para las entidades públicas como el ICETEX, veamos:

Como es bien sabido, el ICETEX correspondió durante un largo período 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 el fomento social de la educación superior.

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 80, 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, 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.

Con ocasión de la expedición de la Ley 1002 de 2005, se buscó justamente hacer del ICETEX una entidad más competitiva y eficiente, que le permitiera contar con más recursos para financiar a más colombianos, toda vez que, 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, siendo oportuno traer a colación pronunciamientos jurisprudenciales como el previsto en la Sentencia C-508 de 1997 de la Corte Constitucional, así:

"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".

En este orden de ideas resulta claro que, el objeto del ICETEX como entidad financiera estatal de naturaleza especial está predeterminado por la Ley 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 sus 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.

En este contexto, tenemos que, al momento de entrar en vigor la Ley 1150 de 2007, 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, se deduce que los contratos estatales celebrados por el ICETEX están sometidos a un régimen especial que se caracteriza por la aplicación de su normativa especial (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.

Garantías en convenios especiales de cooperación

Tenemos que, por regla general, por mandato legal, los contratistas del Estado están obligados a prestar garantía para el cumplimiento de sus obligaciones, precisó la Sección Tercera del Consejo de Estado. Así lo establecía, en su momento, el artículo 67 del Decreto Ley 222 de 1983, luego el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y, en la actualidad, el artículo 7 de la Ley 1150 del 2007.

No obstante, el caso que nos atañe, se sale de este escenario normativo, en primer lugar, por lo advertido previamente, las dos entidades potencialmente contratantes, aplican en su contratación un régimen de derecho privado y no están bajo el ámbito del estatuto de contratación de la administración pública, sin perjuicio de la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, aspecto que nos ubica en el escenario de la autonomía de la voluntad de las partes, la determinación respecto a la procedencia o no de exigirse recíprocamente garantías de acuerdo a sus análisis de riesgo realizados en el marco de sus ejercicios de planeación contractual.

Esto permite colegir que la exigencia de una garantía a una entidad que funge con cooperante, no puede devenir simplemente de la consideración de la cuantía de los recursos que serán objeto de administración sino que en la planeación del Proceso de Contratación, se deben identificar las garantías a solicitar de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones del contrato a efecto de precisar si realmente son susceptibles de ser exigidas.

No resulta menor el hecho que, el principio de transparencia de imperativa aplicación en los contratos celebrados por las entidades estatales sometidas al derecho privado, no solo se refiere al actuar imparcial, público, abierto y objetivo, sino que implica, además, que 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 como por ejemplo, la modalidad de selección o la exigencia de garantías, entre otros.

A estas consideraciones se ha sumado el Honorable Consejo de Estado, corporación que, del 26 de julio de 2016, en su Sala de Consulta y Servicio Civil con ponencia del Consejero Alvaro Namén Vargas, en la consulta con Número Único: 11001-03-06-000-2015-00102-00 manifestó:

“En concordancia con lo anterior, respecto de la obligatoriedad de las garantías, el Decreto 1082 de 2015 establece en la Sección 3 Garantías, Subsección 1. Generalidades, lo siguiente:

“Artículo 2.2.1.2.1.4.5. No obligatoriedad de garantías. En la contratación directa la exigencia de garantías establecidas en la Sección 3, que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1. del presente decreto no es obligatoria y la justificación para exigir las o no debe estar en los estudios y documentos previos. (Decreto 1510 de 2013, artículo 77).” -Subraya la Sala-

De las normas legales y reglamentarias citadas, claramente se deduce que las garantías no son obligatorias en los contratos y convenios interadministrativos pero ello no significa, a juicio de la Sala, que estén prohibidas. Por el contrario, en consideración a los principios de planeación, transparencia, responsabilidad, economía y precaución, las entidades estatales contratistas pueden visualizar desde los estudios previos los riesgos de la futura contratación y justificar su exigencia.

Las disposiciones bajo estudio, en relación con los contratos y convenios interadministrativos, ponen su acento en tales principios y dejan al diligente e informado juicio de la entidad estatal contratante (*carga de conocimiento*), la decisión sobre exigir o no las garantías a la entidad estatal contratista, con mayor razón si se considera que el riesgo de cumplimiento es uno de los que con más frecuencia se asocia a la contratación estatal.

Como puede evidenciarse, las normas legal y reglamentarias se refieren a la garantía de cumplimiento en cualquier tipo de contrato estatal, sin entrar a distinguir la calidad del contratista, es decir, si es particular o una entidad estatal, así como alude, también sin distinción, a los diferentes eventos que pueden generar un incumplimiento, los cuales se amparan con la garantía correspondiente.

En consecuencia, la Sala concluye que tanto en los contratos como en los convenios interadministrativos, las entidades estatales contratantes están facultadas para exigir a las entidades estatales contratistas o cocontratantes las garantías que cubran los riesgos que involucre la futura contratación incluido, por supuesto, el riesgo de cumplimiento, por expresa disposición del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto Reglamentario 1082 de 2015, en sus normas pertinentes arriba citadas, en concordancia con los principios constitucionales y legales de planeación, transparencia, economía, buena administración, responsabilidad, y precaución.”.

Tenemos entonces que, la constitución de garantías en convenios especiales de cooperación como el que es objeto de consulta no resulta obligatoria y su eventual exigencia deviene del correspondiente análisis de riesgo por parte de las entidades en el marco de sus ejercicios de planeación contractual.

Icetex y su rol de administrador de recursos para el fomento de la educación

Es bien sabido que las Entidades Estatales deben verificar que los ejecutores de los proyectos de Ciencia, Tecnología e Innovación sean idóneos para desarrollar el objeto del contrato con el fin de que se cumpla el objetivo general de fomentar el desarrollo de actividades de Ciencia, Tecnología e Innovación.

En dicho contexto, sus determinaciones para la escogencia de la mejor opción pueden contemplar, entre otros, aspectos tales como la correspondencia entre el objeto social del posible cooperante y el objeto del convenio, la capacidad de su personal, la experiencia, su estructura organizacional, indicadores de la eficiencia de la organización y la reputación, y es aquí donde justamente entra en el escenario el ICETEX como entidad históricamente encargada del fomento social de la educación superior y de actividades tales como la de administrar recursos públicos y privados, con destino a materializar políticas públicas de alto impacto.

El ICETEX fue creado por el Decreto 2586 del 3 de agosto de 1950, y transformado en una entidad financiera de naturaleza especial por la Ley 1002 del 30 de diciembre de 2005. Dicha Ley estableció, como propósito de la entidad, el promover el acceso y permanencia de los jóvenes en el sistema de educación superior mediante la provisión de servicios financieros, la canalización y administración de recursos de terceros para el otorgamiento de créditos parcial o totalmente condonables, así como becas y otros apoyos de carácter nacional e internacional, con énfasis en la población con mayores niveles de vulnerabilidad y buen desempeño académico.

A lo largo de estos 73 años, desde su creación, el ICETEX ha brindado sus servicios a más de 5 millones de colombianos, quienes gracias a sus líneas de créditos blandos – con o sin el beneficio de tasa de interés subsidiada por la Nación -, créditos condonables otorgados con cargo a los 576 Fondos en Administración vigentes y el otorgamiento de becas internacionales, han cambiado de manera definitiva la trayectoria de sus vidas.

No puede pasar desapercibida la basta experiencia de la entidad y su reconocimiento no solo nacional sino internacional en el desarrollo de políticas públicas y en la articulación de actores, sinergias y recursos para ponerlos en función del interés superior de fomentar la educación superior.

Nótese además que, 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 objeto el ICETEX ejercerá las siguientes funciones:

“[...

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.

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.

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

Como puede apreciarse, bajo la citada norma, el ICETEX incluso, cuando tenía la naturaleza de 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. Facultades de administración que mantiene y están contempladas en el artículo

2¹ de la Ley 1002 de 2005 y en normativas como el artículo 114² de la Ley 30 de 1992, entre otras.

Resulta palmario el papel fundamental que históricamente ha desarrollado el ICETEX en el fomento social de la educación superior y en la estructuración de instrumentos que permiten canalizar recursos dirigidos a hacer posibles los proyectos educativos de los colombianos así como en la administración de recursos que materializan políticas públicas de alto impacto y que han aportado al crecimiento y desarrollo social y económico del país y que constituyen la mejor carta de presentación de la entidad como garantía de una gestión reconocida históricamente por su eficiencia, transparencia y resultados.

Así las cosas, presentamos este estudio a manera de concepto, no sin antes dejar de mencionar que su alcance no es obligatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015 y que, en consecuencia, constituye criterio auxiliar de interpretación.

5. CONCLUSIONES

Esta Oficina atina a interpretar que, en el marco de un convenio especial de cooperación en el que el régimen de contratación de las entidades públicas cooperantes es de derecho privado, es la autonomía de la voluntad el principio que rige los destinos de su convención circunstancia por la cual, son las partes en conjunto, quienes deciden cuáles son las reglas que van a regular su relación contractual.

En consecuencia, las partes en conjunto están en libertad de exigirse o no, la constitución recíproca de garantías de cumplimiento y cualquier determinación que se adopte en uno u otro sentido, tendrá sustento en los análisis de riesgo realizados en el marco de sus ejercicios de planeación contractual.

Resulta pertinente destacar para el caso que nos ocupa, que estos análisis no se reducen a la variable del monto de los recursos a administrar, sino que deben tomar en consideración igualmente aspectos tales como la idoneidad, experiencia y reputación que por décadas ha construido el ICETEX en su rol de administrador de recursos públicos dirigidos a materializar políticas de alto impacto para el desarrollo económico y social del país.

En este orden de ideas, en aplicación del principio de buen fe contractual³ que conecta con el principio de autonomía de la voluntad, no debe haber lugar a la constitución de garantías por parte de ICETEX para realizar una gestión de administración de recursos públicos cuando en la planificación del contrato entre dos entidades públicas, pueden establecerse en el marco de las obligaciones, los controles y supervisiones que permitan garantizar el éxito de la convención sin imponer las cargas onerosas que devienen de la suscripción de garantías bajo el argumento de la existencia de riesgos en la administración de los recursos.

En consecuencia, esta Oficina invita a observar en estas tratativas previas a la suscripción del convenio especial de cooperación, el mandato constitucional del artículo 83⁴ superior

¹ ARTÍCULO 2. *Objeto.* [Adiciona el Artículo 277 del Decreto 663 de 1993.](#) 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.


² ARTÍCULO 114. <Artículo modificado por el artículo 27 de la Ley 1450 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> **Los recursos de la Nación destinados a becas o a créditos educativos universitarios en Colombia, serán girados al Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (ICETEX) y a él corresponde su administración.** Los recursos de la Nación destinados a becas o a créditos educativos universitarios para la financiación de maestrías, doctorados o posdoctorados podrán ser girados al Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Fondo Francisco José de Caldas. En este evento la ejecución de los recursos podrá ser apoyada con la participación de terceros y el Gobierno Nacional reglamentará los criterios de asignación.

³ CÓDIGO CIVIL. ARTÍCULO 1603. <EJECUCION DE BUENA FE>. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

⁴ ARTÍCULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

que pregona que las actuaciones de las autoridades deberán ceñirse a los postulados de la buena fe.

Cordialmente,



ANA LUCY CASTRO CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Ricardo Cortés Pardo

Datos Abiertos