



MEMORANDO
OAJ 2021 2200 000 27813

PARA: Eduardo Elías Barcha Bolívar
Vicepresidente de Fondos en Administración

DE: Jefe Oficina Asesora Jurídica

FECHA: 28 de mayo de 2021

ASUNTO: Extravío de garantías de un fondo

Cordial saludo:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Le asiste al mandatario adelantar los procesos de cancelación y reposición de títulos valores con posterioridad a la extinción del mandato?

2. MARCO NORMATIVO

- **Constitución Política de 1991:**

“**ARTICULO 6o.** Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”

- **Código Civil:**

ARTICULO 63. CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.





El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.
(Negrillas fuera de texto)

“ARTICULO 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.”

“ARTICULO 2155. RESPONSABILIDAD DEL MANDATARIO. El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo.

Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado.

Por el contrario, si el mandatario ha manifestado repugnancia al encargo, y se ha visto en cierto modo forzado a aceptarlo, cediendo a las instancias del mandante, será menos estricta la responsabilidad que sobre él recaiga. (Negrillas fuera de texto)

“ARTICULO 2158. FACULTADES DEL MANDATARIO. El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración, como son pagar las deudas **y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores, intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro;** contratar las reparaciones de las cosas que administra, y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas u otros objetos de industria que se le hayan encomendado.

Para todos los actos que salgan de estos límites, necesitará de poder especial.” (Negrillas fuera de texto)

“ARTICULO 2183. RESPONSABILIDAD REFERENTE A LO RECIBIDO. El mandatario es responsable tanto de lo que ha recibido de terceros, en razón del mandato (aún cuando no se deba al mandante), como de lo que ha dejado de recibir por su culpa.”

3. TESIS

El mandatario responde hasta por culpa leve en el marco de su encargo y le asiste





El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de la carga de emprender las acciones que emanan de la naturaleza de sus obligaciones.





4. CONSIDERACIONES:

El marco normativo traído a colación en el acápite anterior tiene por objeto significar 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, así como en la autonomía de la voluntad que recordemos tiene sus límites en la ley, el orden público y las buenas costumbres.

Dicho esto, la revisión de la documental allegada con la solicitud, permite advertir que, esta Oficina ya se había pronunciado anteriormente sobre parte de la problemática que hoy nuevamente se consulta. En este orden de ideas, en lo que concierne a los interrogantes atinentes al camino a transitar en casos asociados al extravío o deterioro de las garantías, encontramos pertinente remitir al concepto 2016013508 del 13 de diciembre de 2016, en la medida que, la normativa para emprender la cancelación y reposición de títulos valores, continúa siendo la misma, esto es, la prevista en el artículo 398 del Código General del Proceso.

En este mismo contexto, encontramos igualmente oportuno señalar que, justamente, en aplicación de la ritualidad prevista en la referida normativa, el ICETEX implementó desde el año 2017, la primera versión de un procedimiento de cancelación y reposición de títulos valores, procedimiento que hoy día, ya cuenta con su segunda versión en el aplicativo in-process.

De suerte con lo anterior, el procedimiento a emprender ya tiene unas actividades y responsables identificados y es el que esta Oficina recomienda emprender de cara a adelantar la cancelación y reposición de títulos, incluso de manera directa, en la forma prevista en los incisos 1° al 4° del artículo en cita, y tal como lo expresa el procedimiento de calidad y aprovechando que, como lo aseguran en la consulta, ya tienen adelantada y gestionada una base de garantías identificadas como extraviadas.

En lo que atañe al tema de la responsabilidad del ICETEX en el manejo de las garantías que respaldan los créditos otorgados con recursos de sus constituyentes, nótese que, se hacía alusión en el marco normativo a riesgos tales como el de responder por culpa leve, esto es, le asiste una carga de diligencia en su actuar como la que emplea en los negocios propios.

Uniendo lo dicho con principios como el de la buena fe contractual, hemos de precisar que, el ICETEX está en la carga de responder por las actividades que emanan de sus obligaciones contractuales y, en casos como el que nos ocupa, es claro que, si se le encomienda la custodia de las garantías, su carga de diligencia le obliga a emprender las acciones tendientes a cancelar y reponer los títulos valores.





Finalmente, es prudente advertir que a esta Oficina no le corresponde expresarse respecto de la posible responsabilidad disciplinaria de servidores públicos, en la medida que dicha competencia no está en su resorte funcional, sin embargo, para efectos de ilustrar e informar al área consultante sobre el contexto general de este tipo de responsabilidades, recordamos que, tanto en el actual Código Disciplinario Único, como en el nuevo Código General Disciplinario (cuya vigencia iniciará el próximo 1 de julio?), se precisa como prohibición¹ de los servidores públicos.

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, y que, en consecuencia, constituye criterio auxiliar de interpretación

5. CONCLUSIONES:

1. Esta Oficina reitera lo dicho en el concepto 2016013508 del 13 de diciembre de 2016, en el sentido que, en caso de extravío de garantías, debe acometerse el procedimiento previsto en el aplicativo in-process para dar curso a la cancelación y reposición de títulos valores.
2. En lo que concierne a la responsabilidad en el marco de los convenios suscritos, téngase igualmente presente lo expresado en el referido concepto, siendo oportuno adicionar que, a partir del principio de la buena fe contractual a que hace referencia el artículo 1603 del ordenamiento civil, se predica que, los contratantes se comprometen a honrar tanto lo pactado, como a ejecutar todas las actividades que emanan de esas obligaciones, afirmación que permite interpretar que, estando confiada a la entidad, la custodia de unas garantías, le asiste responsabilidad de procurar su conservación.

Cordialmente,

Original firmado

ANA LUCY CASTRO CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

¹ **Ley 734 de 2002.** ARTÍCULO 35. PROHIBICIONES. A todo servidor público le está prohibido: [...] 13. Ocasionar daño o dar lugar a la pérdida de bienes, elementos, expedientes o documentos que hayan llegado a su poder por razón de sus funciones.
Ley 1952 de 2019. ARTÍCULO 39. PROHIBICIONES. A todo servidor público le está prohibido: [...] 12. Ocasionar daño o dar lugar a la pérdida de bienes, elementos, expedientes o documentos que hayan llegado a su poder por razón de sus funciones.





Proyectó: Ricardo Cortés

