



MEMORANDO
OAJ 2200- 2020004602

PARA: Eduardo Elías Barcha Bolívar
Vicepresidente de Fondos en Administración

DE: Jefe Oficina Asesora Jurídica

FECHA: 16 de octubre de 2020

ASUNTO: Fondo Ministerio de Protección Social

Cordial saludo,

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿La obligación de recaudo a cargo del administrador persiste aún en la etapa de liquidación del convenio?

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.”

“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.”

• **Ley 1002 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”*

“ARTÍCULO 8o. 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.” (Subrayado fuera de texto).

- **Código Civil**

“ARTICULO 1494. <FUENTE DE LAS OBLIGACIONES>. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.”

“ARTICULO 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.”

“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 1625. <MODOS DE EXTINCION>. Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula. [...]”.

- **Código de Comercio**

“ARTÍCULO 657. <RESPONSABILIDAD DEL ENDOSANTE - LIBERACIÓN DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA EN UN TÍTULO A LA ORDEN>. El endosante contraerá obligación autónoma frente a todos los tenedores posteriores a él; pero podrá liberarse de su obligación cambiaria, mediante la cláusula "sin mi responsabilidad" u otra equivalente, agregada al endoso.”

“ARTÍCULO 658. <ENDOSOS EN PROCURACIÓN O AL COBRO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ENDOSATARIO - PERIODO DE DURACIÓN - REVOCACIÓN>. El endoso que contenga la cláusula "en procuración", "al cobro" u otra equivalente, no transfiere la propiedad; pero faculta al endosatario para presentar el documento a la aceptación, para cobrarlo judicial o extrajudicialmente, para endosarlo en procuración y para protestarlo. El endosatario tendrá los derechos y obligaciones {de un representante}, incluso los que requieren cláusula especial, salvo el de transferencia del dominio. La representación contenida en el endoso no termina con la muerte o incapacidad del endosante, pero éste puede revocarla.





El endosante que revoque la representación contenida en el endoso, deberá poner en conocimiento del deudor la revocatoria, cuando ésta no conste en el título o en un proceso judicial en que se pretenda hacer efectivo dicho título.

Será válido el pago que efectúe el deudor al endosatario ignorando la revocación del poder.”.

- **Ley 1150 de 2007** *“Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”*

“ARTÍCULO 11. DEL PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS. *La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.*

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.” (Subrayado fuera de texto).

3. TESIS

El recaudo de cartera a cargo del administrador es una obligación que se predica de la etapa de ejecución del convenio y no hay lugar a desplegarla durante la etapa de liquidación del acuerdo de voluntades.

4. CONSIDERACIONES

- **Aspectos generales**

Resulta pertinente abordar la sustentación de la tesis propuesta destacando que la emisión de conceptos apunta a orientar a las diversas áreas de la entidad en la interpretación de la ley y en todas aquellas dinámicas que requieran una línea doctrinal que facilite la toma de





decisiones, sin ser de su resorte resolver situaciones de manera particular; en tal virtud, los conceptos no son de carácter vinculante.

Para argumentar la tesis propuesta, así como las recomendaciones que se formularán, iniciaremos por recordar la naturaleza de los convenios interadministrativos y el papel que juega en ellos, la autonomía de la voluntad de las partes, pasando luego al régimen jurídico aplicable por vía de excepción a los actos y negocios que se ejecutan en el marco de los convenios que se celebran con entidades ejecutoras que aplican el derecho privado.

La autonomía contractual en los convenios interadministrativos

Hemos de recordar que, los convenios interadministrativos, responden a un criterio de colaboración y cooperación, en virtud del cual, la asociación de esfuerzos entre las partes cooperantes apunta a la obtención de fines que le son propios a cada uno de ellos. Esto es, son acuerdos de voluntades respecto de intereses que comparten los cooperantes, aspecto que excluye la existencia de intereses patrimoniales.

Los convenios interadministrativos no son exclusivos de las entidades estatales que apliquen el mismo régimen de contratación, pues bien puede una entidad estatal de Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un convenio interadministrativo, caso en el cual su ejecución estará sometida a la Ley 80 de 1993 a menos que la ejecución del contrato tenga relación directa con el desarrollo del objeto de la entidad ejecutora¹, caso que es el que justamente nos atañe en esta oportunidad, en la medida que el ICETEX por ministerio de la ley, tiene por objeto la promoción de la educación superior y tal cometido lo materializa través de actos y contratos que como el mandato de administración, se regulan por las disposiciones del derecho privado.

Tal afirmación cobra sustento en el caso que nos ocupa, justamente, porque el negocio jurídico materia del convenio, se caracteriza por un componente de administración de recursos bajo la figura del contrato de mandato, negocio cuya regulación sigue las reglas del mandato regulado por las disposiciones civiles y comerciales.

En este contexto, cobra especial relevancia el principio de la autonomía de la voluntad en el marco de los convenios interadministrativos, toda vez que su aplicación le permite a las partes, en este caso, conducir su convenio hacia el logro de los objetivos comunes perseguidos, y solo con la observancia de los límites que le imponen la ley y el orden público.

Sobre este particular conviene citar, apartes de la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, que su Sección Tercera, en sentencia del 23 de junio de 2010, con radicación N.º 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860) y con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez, se pronunció así frente a la naturaleza de los convenios interadministrativo, veamos:

¹ Ley 1150 de 2007, artículo 2, numeral 4, letra c, inciso 2, modificada por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011.



“Así, el principal efecto de los “convenios interadministrativos”, al igual que el de los demás contratos, es el de crear obligaciones que sólo se pueden invalidar o modificar por decisión mutua de los contrayentes o por efecto de las disposiciones legales, tal y como claramente lo dispone el artículo 1602 del Código Civil; se advierte entonces que si en un convenio o contrato interadministrativo debidamente perfeccionado, en el cual han surgido las obligaciones correspondientes, una de las partes no cumple con los compromisos que contrajo, tal parte está obligada a responder por ello, salvo que la causa de su falta de cumplimiento encuentre justificación válida (...)

(...) En atención a lo anterior y en relación específicamente con lo que interesa para el caso concreto, se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes:

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

Todo esto, con el ánimo de hacer visible que la autonomía de las partes delimita el alcance de las obligaciones que estas asumen y que en lo que concierne al plazo del convenio expresamente se evidencia en la cláusula tercera del otrosí número 2 en la que en criterio de esta Oficina se trataba de una modificación, aquellas convinieron adicionar la cláusula cuarta del convenio inicial, en lo que concierne a ampliar el plazo de este por el término de 5 años más contados a partir de la suscripción del otrosí.

Esta cláusula de particular relevancia, pone de presente dos elementos importantes en la discusión que nos ocupa, el primero de ellos, que las partes no encontraron reparo en las adiciones necesarias para garantizar el objeto del contrato, por cuanto entienden que el régimen del convenio es el del derecho privado que gobierna el mandato de administración que ejecuta el ICETEX y el segundo y no menos importante, el entendimiento de que las adiciones lo que persiguen es justamente la consecución del objeto y finalidad pactadas. Una lectura distinta, traería consigo la terminación del convenio y la consecuente liquidación, dejando en riesgo, la continuidad de la financiación de las cohortes a cuya observancia se comprometió el constituyente desde la génesis de la convención.



- **Liquidación del convenio y pérdida de competencia**

La misma autonomía de la voluntad nos permite aproximarnos a otra vía de interpretación a la que podría acudir para atender los requerimientos de la consulta, y es la atinente a las obligaciones del convenio, particularmente la atinente al recaudo de cartera. Sobre este particular conviene anotar que, las obligaciones se ejecutan en vigencia de la convención y que a partir de la terminación a las partes les asiste la responsabilidad de efectuar los actos tendientes a la liquidación de su acuerdo de voluntades, en los términos del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 citada en el marco normativo del presente análisis. Circunstancia por la cual, estando pendientes 87 cuotas de la retención del único beneficiario actual del convenio, no puede interpretarse que debe mantenerse el trámite de liquidación supeditado a que dicho plazo culmine, por cuanto estaría abiertamente por fuera del límite que por vía de interpretación precisa la norma en precedente.

Tal afirmación deriva de la interpretación de lo dispuesto en la referida normativa, en la medida en que, a falta de estipulación de las partes de un término para liquidar el contrato de común acuerdo, la ley prevé que éste se deberá realizar en un plazo de cuatro (4) meses, contados a partir de “...la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.”

Vencido dicho término sin lograr la liquidación, la entidad cuenta con la facultad de liquidar unilateralmente el contrato, para lo cual dispone de un plazo de dos (2) meses, siempre que se presenten los siguientes escenarios:

- Que el contratista no se haya presentado al trámite de la liquidación por mutuo acuerdo a pesar de haber sido convocado o notificado o;
- Que las partes intentaron liquidar el contrato de común acuerdo, pero no llegan a un consenso.

Ahora bien, expirado este término para llevar a cabo la liquidación unilateral del contrato, la ley permite que éste sea liquidado dentro de los dos (2) años siguientes al vencimiento de dicho plazo, término que corresponde al previsto para incoar las acciones judiciales contra el contrato.

Recuérdese entonces que los términos de ley son perentorios, y en tal virtud, acaecido su vencimiento por el trascurso del tiempo, precluyen, circunstancia por la cual, si la liquidación no se adelanta dentro de las oportunidades ya descritas, se pierde competencia para liquidar el contrato, advirtiendo que dicho término no se interrumpe ni se suspende por el hecho de haber quedado actividades y obligaciones sin satisfacer.

A partir de lo anterior, conviene adentrarnos entonces en la noción de liquidación, cuyo tratamiento por vía jurisprudencial, se concibe como una actuación administrativa, posterior a la terminación del contrato, a través de la cual las partes propenden por identificar y definir si subsisten obligaciones y derechos a su cargo, para realizar igualmente un balance de





cuentas y determinar aquellas prestaciones que se adeuden y de quien se predicen; ejercicio que apunta a realizar los ajustes, reconocimientos y reclamaciones a que haya lugar en aras de dejar a paz y salvo su relación jurídico negocial.

Régimen jurídico de los actos y negocios que se celebran en el marco del convenio

Recordemos la postura que el Honorable Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil ha adoptado respecto del régimen jurídico de este tipo de acuerdos de voluntades, haciendo remisión expresa al radicado 11001-03-06-000-2012-00016-00(2092) del 28 de junio de 2012, en el que dicha corporación precisó:

“Para efectos de la presente consulta, se tienen las siguientes reglas para los contratos interadministrativos suscritos, entre otras, con universidades estatales: 1. Los contratos interadministrativos, en todos los casos, deben tener relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos, los cuales, naturalmente, están sometidos a la ley.”

En este contexto, debemos recordar que, el ICETEX desarrolla su objeto legal de fomentar socialmente la educación superior a través de mecanismos de financiación y canalización y administración de recursos de terceros, entre otros negocios jurídicos, los cuales celebra y ejecuta en el marco del derecho privado tal como lo pregona el inciso segundo del artículo 8 de la Ley 1002 de 2005.

En tal virtud, este tipo de convenios interadministrativos no escapan a la aplicación de reglas del derecho civil y comercial en materia de obligaciones, circunstancia por la cual, lo acordado constituye la ley de las partes en aplicación de lo previsto en el artículo 1602 del Código Civil.

Nótese entonces que, los considerandos 1 al 4, son una declaración en el sentido que las partes entienden que el objeto del convenio guarda relación estrecha con el objeto del ICETEX. De suerte con ello, recordando igualmente que la autonomía de la voluntad no es ajena a este tipo de convenciones y que lo expuesto se conecta con la excepción prevista en el inciso segundo, del literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, estamos en presencia de un convenio que no se rige por el estatuto general de contratación sino por el régimen del derecho privado que gobierna los contratos del ICETEX con los que desarrolla su objeto, tal como lo precisa el inciso segundo del artículo 8 de la Ley 1002 de 2005, ley especial que se aplica a la materia.

Esto nos conduce a colegir que, siendo los negocios jurídicos materia del contrato, regulados por el derecho privado (mandato y mutuo), instrumentos como el de la negociabilidad de los títulos valores son aplicables en tratándose de la circulación de los pagarés a la orden que suscriben los beneficiarios de los recursos del fondo. En este sentido, terminada la convención e iniciado el proceso de liquidación, al administrador le corresponde endosar las garantías al constituyente, y generar los informes del estado de la cartera con destino a las cuentas de la liquidación, habida consideración que el recaudo de cartera se predica de la etapa de ejecución.





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. *¿Es viable que ICETEX se quede con la cartera del fondo posterior a la suscripción del acta de liquidación, teniendo en cuenta esta solo tiene un beneficiario?*

Se responde. En criterio de esta Oficina, y al tenor de la información suministrada en la consulta, el recaudo de cartera corresponde a una de las obligaciones del ICETEX en su rol de administrador del fondo durante la etapa de ejecución de este. En consecuencia, expirado el término de la convención, le corresponde a la entidad endosar las garantías al constituyente y generar los informes del estado de la cartera con destino a la liquidación del convenio, toda vez que el contrato como fuente de la obligación de recaudo, ya se extinguió.

2. *¿Es viable que ICETEX continúe gestionando la retención salarial al beneficiario posterior a la suscripción del acta de liquidación y reintegrar el recaudo de cartera a la DTN? La retención salarial se asigno(sic) a 120 cuotas por valor de \$785.729, de las cuales se ha recibido 33 cuotas a agosto de 2020, quedando pendientes 87 cuotas.*

Se responde. Íntimamente ligada a la respuesta anterior, esta Oficina atina a recordar que, la fuente de la obligación de recaudo era el contrato, mismo que ya se extinguió con ocasión del vencimiento del plazo pactado por lo que en consecuencia, no se considera que le asista competencia alguna al ICETEX como administrador para continuar adelantado gestiones de recuperación, máxime cuando la cláusula tercera del otrosí número dos, precisó la duración del acuerdo de voluntades al término de 5 años sin condicionamiento alguno.

3. *¿La garantía que se suscribió con el beneficiario es susceptible de endoso al Ministerio de Trabajo?*

Se responde. Expirada la convención y por tanto la fuente de la obligación para generar acciones de recaudo, le corresponde al ICETEX como administrador, endosar el pagaré sin responsabilidad en la forma prevista en el artículo 657 del Código de Comercio.

4. *¿De acuerdo a la cláusula de duración del convenio el convenio debería permanecer vigente hasta que el beneficiario pague su obligación?, Sin embargo, actualmente está catalogado como en estado de liquidación y fue susceptible de los Decretos Legislativos 467 y 662 del 2020.*

Se responde. La pregunta parte de una premisa equivocada, toda vez que al tenor de lo previsto en la cláusula tercera del otrosí número 2, la duración se estipuló a 5 años contados a partir de la suscripción de este modificatorio.





La aplicación de los efectos de los decretos legislativos expedidos en el marco del estado de emergencia económica evidencia el estado de la convención y hace que cobre aún más sentido la tesis propuesta por esta Oficina en la medida que ya no existe fuente de la obligación de mantener el recaudo de cartera por parte del ICETEX.

Cordialmente,

ANA LUCY CASTRO CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Ricardo Cortés Pardo

