

MEMORANDO



20161100065033

SG

Bogotá, 27-05-2016

PARA: Dr. **OSCAR GUALDRÓN GONZÁLEZ**
Director de Fomento a la Investigación

DE: **LILIANA MARÍA ZAPATA BUSTAMANTE**
Secretaria General

ASUNTO: Respuesta a memorandos internos No. 20165200031823 del 09/03/2016 y 20165200052603 del 27/04/2016.

Cordial saludo doctor **GUALDRÓN GONZÁLEZ**,

Acuso recibo de sus radicados de la referencia, a través de los cuales a esta dependencia la emisión de un concepto jurídico respecto de la posibilidad de que con recursos percibidos por la recuperación de cartera del Convenio No. 624 de 2009, tanto para la financiación de nuevos beneficiarios, como para cubrir la situación financiera que se viene presentando por concepto de la variación de la Tasa Representativa del Mercado en créditos otorgados en dólares americanos, respecto de anteriores beneficiarios y, en consecuencia, procedo a pronunciarme con base en los siguientes:

ANTECEDENTES:

1.- Con fecha 09 de marzo de 2016 y a través del memorando interno No. 20165200031823, la Dirección de Fomento a la Investigación, indicó y solicitó a esta dependencia, lo siguiente:

"...Amablemente le solicito concepto jurídico frente a la viabilidad de utilizar los recursos disponibles por concepto de recuperación de cartera en el Fondo del Convenio 624 de 2009, para la financiación de nuevos beneficiarios. Lo anterior debido al impacto que ha tenido la devaluación del peso frente al dólar en el esquema de financiación de maestrías y doctorados en el exterior que se tramitan a través del Programa Crédito Beca de COLFUTURO, el cual incide de manera directa en el cumplimiento de las metas estratégicas de COLCIENCIAS en materia de formación de alto nivel.

La Cláusula 6 del Convenio 624 señala lo siguiente: "Saldos no ejecutados, cartera recuperada y rendimientos financieros. Los recursos comprometidos mediante el otorgamiento de créditos pero no desembolsados en la vigencia en que se efectuó el

P

compromiso, bien sea que se hayan cumplido o no los requisitos para el respectivo desembolso, permanecerán en poder del ICETEX hasta la fecha del desembolso, el cual se deberá efectuar dentro de la vigencia del presente Convenio. Si a la finalización del Convenio dichos desembolsos no se han efectuado, los respectivos recursos se deberán girar a la Dirección de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Igualmente, la cartera recuperada y los rendimientos financieros generados por los recursos administrados por el ICETEX durante la vigencia del convenio, se girarán a la Dirección de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público."

Por su parte, la cláusula 9 "Obligaciones de ICETEX", en los numerales 11 y 12, establece:

"11) Reembolsar a la Dirección de Crédito Público, los saldos no comprometidos, dentro del mes siguiente a la terminación de cada vigencia fiscal o los recursos comprometidos no girados, dentro del mes siguiente a la finalización del convenio. 12) Girar a la Dirección de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los rendimientos financieros generados por los recursos administrados, así como la cartera recuperada."

COLFUTURO por su parte ha solicitado un concepto jurídico a la firma que les presta asesoría legal (...) en donde indican lo siguiente: "Respecto al momento en que el ICETEX debe hacer este giro, la redacción de la cláusula sexta del Convenio permitiría interpretar que esto se debe realizar a la finalización del Convenio. Esta interpretación sería coherente con un pronunciamiento del Consejo de Estado sobre este tipo de convenios, en el cual manifestó: "En tratándose de dineros públicos, girados al ICETEX para su administración, la transferencia de saldos no comprometidos o de rendimientos financieros deberá hacerse al Ministerio de Hacienda y Crédito Público – División General del Tesoro -, **no anualmente, sino a la liquidación definitiva de cada contrato.** Porque es de esta manera como se cumple en su integridad el mandato conferido, ajustándolo a su naturaleza y a la duración de créditos o ayudas educativas, sin que de otra parte haya violación de normas orgánicas del presupuesto público." (...) Con este concepto COLFUTURO considera que es viable la utilización de los recursos causados por recuperación de cartera, siempre y cuando se haga antes de la liquidación del convenio.

Al revisar el área técnica el texto citado por COLFUTURO (...) se encuentran elementos adicionales que contribuyen a aclarar la situación, como los siguientes:

- "Los programas se financian con créditos, becas o subsidios que permiten que los estudiantes colombianos adelanten estudios a nivel profesional (universitario, técnico, tecnológico), de especialización o postgrado en el país o en el exterior, o realicen cursos de capacitación o emprendan determinadas investigaciones. De ahí que los contratos sean de duración variable, si bien la mayoría suele oscilar entre tres y seis años, término al que se agrega el necesario para **la recuperación de cartera – con destino al mismo fondo –**, cuando el crédito es reembolsable.
- Los dineros con los cuales se constituyen los fondos provienen, si son públicos, de los respectivos presupuestos de las entidades aportantes y si son privados, del patrimonio particular o del presupuesto de la empresa privada. En el primer supuesto, los dineros salen del presupuesto público para ingresar como aporte a un fondo que el ICETEX administra mediante contratos, quedando afectados conforme

a lo pactado, a una destinación específica en el campo de la educación."

(...)

Esto permitiría entender que los recursos que se conviertan en parte integral del Fondo y podrían ser utilizados en la financiación del beneficiarios del Programa de Crédito Beca de COLFUTURO.

En caso que efectivamente se pueda disponer de los recursos por concepto de recuperación de cartera, le solicitamos indicarnos si se debe modificar el convenio 624 en lo referente al reintegro de los recursos al Ministerio de Hacienda que se menciona en las cláusulas 6 y 9..."

2.- Posteriormente, con fecha 20165200052603 de fecha 27 de abril de 2016, se brindó un alcance a la solicitud inicial, con el siguiente contenido:

"...En la comunicación mencionada se solicitó el concepto jurídico para el uso de los recursos generados de la recuperación de cartera para la financiación de nuevos beneficiarios del Programa Crédito Beca de COLFUTURO.

Sin embargo, solicitamos se estudie la viabilidad jurídica para financiar con estos mismos recursos adicionalmente un auxilio por diferencial cambiario a beneficiarios de convocatorias anteriores que se han visto afectados significativamente por el aumento de la tasa de cambio. En el diseño de este instrumento, COLCIENCIAS ha venido trabajando con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Nacional de Planeación DNP, la Presidencia de la República y COLFUTURO..."

TESIS Y MARCO JURÍDICO APLICABLE:

1.- La competencia y demás cuestiones preliminares:

De conformidad con lo previsto en los numerales 3º, 5º y 6º del artículo 13 del Decreto 849 de 2016 "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – COLCIENCIAS", en materia de conceptualización jurídica, corresponde a esta secretaría general el ejercicio de las siguientes competencias específicas: (i) Asesorar a la Directora General y a las demás dependencias de la entidad, en los asuntos jurídicos de competencia de la misma, (ii) Rendir concepto a los actores del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación – SNCTel¹ – en la interpretación, aplicación e implementación de la normatividad existente en materia de CTel y, (iii) Atender y resolver las consultas y peticiones de carácter jurídico elevadas al Departamento y por las diferentes dependencias de la entidad.

La anterior norma, sin embargo, debe leerse en plena concordancia con lo preceptuado en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, luego de la sustitución de su Título II, tal y como fue ordenada en el artículo 1º de la Ley 1755 de

¹ Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, hoy integrado en el Sistema de Competitividad, Ciencia, Tecnología e Innovación, en virtud de lo señalado en el artículo 186 de la Ley 1753 de 2015 "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo. 2014-2018. "Todos por un Nuevo País".

2015, a propósito del alcance de los pronunciamientos que emiten las autoridades administrativas en ejercicio de su función consultiva, los cuales carecen – es la regla – de carácter vinculante u obligatorio, tanto en lo que corresponde a la propia administración, como en lo que atañe al peticionario interesado y a los administrados en general, lo cual implica que esta especial forma de intervención del aparato estatal no fue concebida para atender situaciones particulares y concretas, las cuales deben desatarse a través de la expedición de los respectivos actos administrativos creadores, modificatorios o extintivos de derechos y/o de obligaciones.

Es claro, en consecuencia, que los conceptos jurídicos que emite la secretaría general del departamento administrativo en ejercicio de sus competencias, en cualquier caso involucran una visión jurídica general o de contexto en la aplicación del marco normativo que rige para determinado asunto de la órbita de COLCIENCIAS o del catálogo funcional al que se encuentra sometida su actividad, pero de ninguna manera implican un pronunciamiento directo o de fondo, generador de efectos jurídicos individuales, pues ello equivaldría a invadir las competencias que les fueron asignadas a las demás dependencias y funcionarios de la entidad, encargados de la ejecución de actividades misionales o de apoyo a la gestión en el sector de la CTel.

2.- Análisis del caso concreto:

2.1- Determinación del problema jurídico:

¿Resulta jurídicamente viable “financiar” a los “nuevos beneficiarios”, así como a los “beneficiarios de convocatorias anteriores”, afectados por la fluctuación de la tasa de cambio del dólar, con cargo a los recursos generados de la recuperación de la cartera originada en el Convenio No. 624 de 2009 celebrado entre COLCIENCIAS, COLFUTURO y el ICETEX?

Vista la pregunta y, antes de realizar cualquier pronunciamiento, consideramos importante resaltar que el análisis que se presentará a continuación, es una aproximación inicial de lo que en nuestro entender es la problemática principal del asunto planteado en la solicitud de conceptualización jurídica radicada ante la Secretaría General

Ahora bien, dado que se trata de un problema de carácter eminentemente presupuestal, se recomienda que el concepto sea analizado en conjunto con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el entendido que es esta entidad la experta en el ámbito presupuestal, y, por lo mismo, es la que puede determinar con grado de certeza la destinación de la “cartera recuperada”.

Con las anteriores claridades, pasamos a responder la interrogante en los siguientes términos:

De conformidad con el artículo 345² de la Constitución Política, los artículos 11³, 16⁴, 31⁵ y 75⁶ del Estatuto Orgánico del Presupuesto, el artículo 7⁷ de la Ley 1769⁸ de 2015, y, con sujeción al artículo 261⁹ de la Ley 1450 de 2011, se considera que siempre que se entienda que los recursos de "cartera recuperada" a que se refiere la cláusula sexta del convenio N° 624 de 2009,

² "ARTICULO 345. En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos. Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto (negrilla y subraya fuera de texto)".

³ "ARTICULO 11. El Presupuesto General de la Nación se compone de las siguientes partes:

a) El Presupuesto de Rentas contendrá la estimación de los ingresos corrientes de la Nación; de las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del presupuesto, de los fondos especiales, de los recursos de capital y de los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional.

b) El Presupuesto de Gastos o Ley de Apropiações. Incluirá las apropiaciones para la rama judicial, la rama legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil que incluye el Consejo Nacional Electoral, los ministerios, los departamentos administrativos, los establecimientos públicos y la Policía Nacional, distinguiendo entre gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública y gastos de inversión, clasificados y detallados en la forma que indiquen los reglamentos (negrilla fuera de texto)".

⁴ "ARTICULO 16. UNIDAD DE CAJA. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el Presupuesto General de la Nación" (Negrilla y subraya fuera de texto).

⁵ "ARTICULO 31. Los recursos de capital comprenderán: Los recursos del balance, los recursos del crédito interno y externo con vencimiento mayor a un año de acuerdo con los cupos autorizados por el Congreso de la República, los rendimientos financieros, el diferencial cambiario originado por la monetización de los desembolsos del crédito externo y de las inversiones en moneda extranjera, las donaciones, *el excedente financiero de los establecimientos públicos del orden nacional*, y de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la Ley les otorga, y las utilidades del Banco de la República, descontadas las reservas de estabilización cambiaria y monetaria.

PARAGRAFO. Las rentas e ingresos ocasionales deberán incluirse como tales dentro de los correspondientes grupos y sub - grupos de que trata este artículo (Ley 38/89, artículo 21, Ley 179/94, artículos 13 y 67)".

⁶ "ARTICULO 75. Corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público efectuar el recaudo de las rentas y recursos de capital del Presupuesto General, por conducto de las oficinas de manejo de sus dependencias o de las entidades de derecho público o privado delegadas para el efecto; se exceptúan las rentas de que trata el artículo 22 de este estatuto (corresponde al artículo 34 del presente estatuto). (Ley 38/89, artículo 61)".

⁷ "ARTICULO 7. Los ingresos corrientes de la Nación y aquellas contribuciones y recursos que en las normas legales no se haya autorizado su recaudo y manejo a otro órgano, deben consignarse en la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Las entidades estatales del orden nacional que no hagan parte del Sistema de Cuenta Única Nacional podrán delegar en la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional la administración de sus excedentes de liquidez, para lo cual suscribirán directamente con la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional los acuerdos a que haya lugar.

Las superintendencias que no sean una sección presupuestal deben consignar mensualmente, en la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el valor de las contribuciones establecidas en la ley (Negrilla fuera de texto)".

⁸ "Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y Ley de Apropiações para la vigencia fiscal del 1o de enero al 31 de diciembre de 2016".

⁹ "Artículo 261. Cuenta Única Nacional. A partir de la vigencia de la presente ley, con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el Presupuesto General de la Nación a través del Sistema de Cuenta Única Nacional. Para tal efecto, los recaudos de recursos propios, administrados y de los fondos especiales de los órganos que forman parte del Presupuesto General de la Nación serán trasladados a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público conforme los plazos y condiciones que determine la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. En ejercicio de la anterior función, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, administrará por encargo dichos recursos, los que para efectos legales seguirán conservando la naturaleza, propiedad y fines de la ley que los creó, por lo que de ninguna manera exime de responsabilidad a la entidad estatal encargada del recaudo y ejecución presupuestal en los términos de la ley (Negrilla y subraya fuera de texto)".

D

hacen parte del presupuesto de rentas de la Nación, al ser “recursos de capital” (artículo 31 del EOP), no sería factible que se financie a los “nuevos beneficiarios” del programa crédito beca de COLFUTURO, ni a los “beneficiarios de convocatorias anteriores” con dichos recursos, toda vez que los mismos sólo podrán atender el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto General de la Nación (artículo 16 EOP). En consecuencia, los recursos por “recuperación de cartera”, deberán ser consignados en la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en atención a lo normado en el artículo 7 de la Ley 1769 de 2015 y 261 de la Ley 1450 de 2011, en línea con lo consagrado en la cláusula 6 del Convenio.

A pesar de lo anterior, a continuación sometemos a su consideración una alternativa que desde nuestro punto de vista permitiría patentar el propósito que subyace a la consulta, distinguiendo entre los beneficiarios de convocatorias anteriores y los “nuevos beneficiarios”, así:

- Frente a beneficiarios de convocatorias anteriores, consideramos que resultaría factible jurídicamente que COLFUTURO renegocie directamente y sin acudir a la instancia jurisdiccional los contratos con ellos celebrados, con miras a facilitar el pago total o parcial de la diferencia del crédito que se vio afectada significativamente por el aumento de la tasa de cambio, toda vez que, en tanto ello haya obedecido a circunstancias ajenas a las partes, podría configurar un “alea extraordinario”, esto es, uno que por un hecho imprevisto e imprevisible no resulta jurídicamente reconducible al beneficiario del “crédito- beca”. En este sentido, resultaría entonces jurídicamente posible efectuar una renegociación que conduzca a asumir por el otorgante, total o parcialmente, el valor que se acuerde para lograr reequilibrar la relación contractual, sin que para ello deba acudirse a la sede jurisdiccional.
- Frente a los “nuevos beneficiarios”, se tiene que las alternativas para financiar sus programas suponen la ejecución de operaciones presupuestales (traslados o apropiaciones dentro del presupuesto del año 2017) que le permitan a COLCIENCIAS acopiar los recursos que se requieran para su financiación, los que una vez obtenidos podrán “inyectarse” al convenio a través de una modificación. De efectuarse ésta, será recomendable que se precise con claridad que los nuevos recursos se utilizarían con el propósito específico de financiar a los “nuevos beneficiarios”, lo que desde luego supondrá la realización de un alcance al estudio previo, en donde correspondería especificar que la razón que sirve de causa a ese nuevo aporte, corresponde a lo sucedido con la tasa de cambio, lo que generó como consecuencia una disminución de los recursos disponibles para las nuevas financiaciones, siendo esa la razón



por la que COLCIENCIAS realizaría un nuevo aporte con el mencionado propósito.

Lo anterior, se fundamenta las siguientes consideraciones:

1. "Cartera recuperada" en el Convenio No. 624 de 2009

A lo primero que habremos de referirnos en el presente Concepto es al manejo que le da el Convenio No. 624 de 2009 a la "cartera recuperada". En este sentido, se encuentra que la cláusula sexta del convenio establece lo siguiente:

"CLÁUSULA SEXTA.-SALDOS NO EJECUTADOS, CARTERA RECUPERADA Y RENDIMIENTOS FINANCIEROS: Los recursos comprometidos mediante el otorgamiento de créditos pero no desembolsados en la vigencia en que se efectuó el compromiso, bien sea que hayan cumplido o no los requisitos para el respectivo desembolso, permanecerán en poder del ICETEX hasta la fecha de desembolso, el cual se deberá efectuar dentro de la vigencia del presente convenio. Si a la finalización del convenio dichos desembolsos no se han efectuado, los respectivos recursos se deberán girar a la Dirección de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. **Igualmente, la cartera recuperada y los rendimientos financieros generados por los recursos administrados por el ICETEX durante la vigencia del Convenio se girarán a la Dirección de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.** (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Del clausulado anterior, se evidencia que la "cartera recuperada" deberá girarse a la Dirección de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, significando ello en principio que su destinación no puede ser otra a la establecida en el respectivo convenio. En este mismo sentido, se observa el contenido de la cláusula novena del convenio, que en su numeral 12 dispone lo siguiente:

"CLÁUSULA NOVENA.-OBLIGACIONES DE ICETEX: El ICETEX se obliga a: (...) 12) Girar a la Dirección de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los rendimientos financieros generados por los recursos administrativos, **así como la cartera recuperada.** (...) (Subrayas y negrillas fuera del texto)

La anterior redacción, además de corresponderse con la cláusula sexta, establece que será el ICETEX el responsable de realizar el giro de la "cartera recuperada" a la Dirección de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Ahora bien, COLFUTURO, según lo establecido en el numeral 5 de la cláusula décima del convenio, será el responsable de "realizar en nombre y representación del CONSTITUYENTE la recuperación de cartera...". En este sentido, la cláusula décimo segunda dispone lo siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA.- RECAUDO DE CARTERA: COLFUTURO se compromete a gestionar la recuperación de cartera correspondiente a los créditos que no cumplen requisitos para la condonación, previa notificación al CONSTITUYENTE y a reintegrar esos recursos al FONDO dentro del mes siguiente a su recuperación.
PARÁGRAFO.- Por capital recuperado se entiende el capital girado más los intereses generados durante el periodo de estudios."

Visto lo que precede, es claro que COLFUTURO es quien recuperará la cartera para posteriormente reintegrar dichos recursos al FONDO, en donde ICETEX, como administrador del mismo, será el responsable de girar los mencionados recursos al Tesoro Nacional.

Bajo este entendido, es claro que tal y como se encuentra hoy redactado el Convenio No. 624 de 2009, no resulta factible jurídicamente utilizar la "cartera recuperada" para la financiación del Programa Crédito Beca de COLFUTURO. No obstante y como se verá, podría pensarse en la modificación de las cláusulas antedichas en busca del objetivo perseguido, para lo que será necesario respetar las normas presupuestales del caso, lo que pasaremos a analizar a continuación.

2. Recursos de capital

Los artículos 345 y siguientes de la Constitución Política establecen las normas relativas al presupuesto. Concretamente, el artículo 346 establece que el Gobierno Nacional deberá presentar anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones. Conforme a lo anterior, encontramos que el artículo 11 del Estatuto Orgánico del Presupuesto desarrolla el mencionado postulado constitucional, estableciendo la composición del presupuesto general de la Nación de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 11. El presupuesto general de la Nación se compone de las siguientes partes:

a) El presupuesto de rentas contendrá la estimación de los ingresos corrientes de la Nación; de las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del presupuesto, de los fondos especiales, los recursos de capital y los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional;

b) El presupuesto de gastos o ley de apropiaciones. Incluirá las apropiaciones para la rama judicial, la rama legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil que incluye el Consejo Nacional Electoral, los ministerios, los departamentos administrativos, los establecimientos públicos y la Policía Nacional, distinguiendo entre gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública y gastos de inversión, clasificados y detallados en la forma que indiquen los reglamentos, y

c) Disposiciones generales. Corresponde a las normas tendientes a asegurar la correcta ejecución del presupuesto general de la Nación, las cuales regirán únicamente para el año fiscal para el cual se expidan (L. 38/89, art. 7º; L. 179/94, arts.

3º, 16 y 71; L. 225/95, art. 1º)."

Visto lo anterior, y a efecto del presente concepto, nos ocuparemos concretamente de la composición de "los recursos de capital", como parte que es del presupuesto de rentas.

Conforme a lo anterior, encontramos que "los recursos de capital", de acuerdo al contenido del artículo 31¹⁰ del EOP, comprenderán lo siguiente:

- Recursos del balance
- Recursos de crédito interno y externo
- Rendimientos financieros
- Diferencial cambiario originado por la monetización de los desembolsos del crédito externo y de las inversiones en moneda extranjera
- Donaciones
- Excedente financiero de los establecimientos públicos del orden nacional y de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden Nacional, y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas
- Utilidades del Banco de la República
- **Las rentas e ingresos ocasionales**

De acuerdo a lo anterior, podemos observar de manera general la clasificación de los diversos tipos de "recursos de capital" que existen para efectos presupuestales, incluyéndose, de conformidad con el parágrafo del artículo 31, **las rentas e ingresos ocasionales**, sin que se distinga o desagregue el contenido de aquel. En este sentido, y, con el fin de determinar si la "recuperación de cartera" hace parte de los "recursos de capital", nos permitimos revisar los "Comentarios al proyecto de Presupuesto General de la Nación 2015", elaborado por la Contraloría General de la República, documento en donde se distingue de manera clara los recursos que integran los "recursos de capital" de la Nación¹¹, así:

- **Ingresos del Presupuesto Nacional**
 - Ingresos corrientes de la Nación

¹⁰ EOP.- "**ARTÍCULO 31.** Los recursos de capital comprenderán: los recursos del balance, los recursos del crédito interno y externo con vencimiento mayor a un año de acuerdo con los cupos autorizados por el Congreso de la República, los rendimientos financieros, el diferencial cambiario originado por la monetización de los desembolsos del crédito externo y de las inversiones en moneda extranjera, las donaciones, el excedente financiero de los establecimientos públicos del orden nacional y de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la ley les otorga, y las utilidades del Banco de la República, descontadas las reservas de estabilización cambiaria y monetaria.

PARÁGRAFO. Las rentas e ingresos ocasionales deberán incluirse como tales dentro de los correspondientes grupos y subgrupos de que trata este artículo (L. 38/89, art. 21; L. 179/94, arts. 13 y 67). (Subrayas y negrillas fuera del texto)

¹¹ Contraloría General de la República. "Comentarios al proyecto de Presupuesto General de la Nación 2015". Gráfico 3: Composición del presupuesto de rentas del PGN 2015. Pág. 19

- **Recursos de capital de la Nación**
- Rentas parafiscales
- Fondos especiales
- Ingresos de los establecimientos públicos

A su vez, respecto a la anterior desagregación, se identifican los componentes de los "Recursos de capital" de la Nación, así:

- **Recursos de capital de la Nación**
 - Crédito interno
 - Crédito externo
 - Utilidades y excedentes financieros
 - Rendimientos financieros
 - Reintegros y recursos no apropiados
 - **Recuperación de cartera**
 - Otros recursos de capital

Conforme a lo anterior, se evidencia que aquellos recursos que provengan de la "recuperación de cartera", hacen parte de los denominados "Recursos de capital", los que a la luz del derecho presupuestal, tienen una destinación de conformidad con la ley.

En este sentido, con el fin de determinar la destinación que la ley le da a los "recursos de capital", habrá de revisarse el artículo 16 del EOP, en donde se consagra el principio de unidad de caja en el siguiente sentido:

"ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

PARÁGRAFO 1º Los excedentes financieros de los establecimientos públicos del orden nacional son propiedad de la Nación. El Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, determinará la cuantía que hará parte de los recursos de capital del presupuesto nacional, fijará la fecha de su consignación en la dirección del tesoro nacional y asignará por lo menos el 20% al establecimiento público que haya generado dicho excedente. Se exceptúan de esta norma los establecimientos públicos que administran contribuciones parafiscales. (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Según el artículo precedente, es claro que con el recaudo de todas las rentas y "recursos de capital", se deberá atender el pago oportuno de las apropiaciones o gastos **autorizados** en el presupuesto general de la Nación, entendiéndose por tanto que, la destinación que deberá dársele a estos recursos no podrá ser distinta a la determinada por la ley. En este mismo

sentido encontramos el artículo 261¹² de la Ley 1450 de 2011¹³, en donde se consagra que con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el Presupuesto General de la Nación a través del Sistema de Cuenta Única Nacional. **Así, en principio es claro que la destinación que podría dársele a los “recursos de capital”, no podría ser otra distinta a la que establece la ley.**

Teniendo en cuenta lo anterior, y de acuerdo con el artículo 75¹⁴ del EOP, es evidente que a quien corresponderá efectuar el recaudo de las rentas y **recursos de capital** del presupuesto general, es al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por lo que es a ésta entidad a quien debería girársele dichos “recursos de capital”, dentro de los que se encontraría los recursos por “recuperación de cartera”.

3. Renegociación contractual por circunstancias extraordinarias.

Considerando los acápites precedentes, resulta relevante ofrecer una alternativa a la problemática planteada en el presente concepto. En este sentido, consideramos que la aproximación que deberá realizarse parte de la relación contractual con el beneficiario del Crédito Beca;

Conforme a lo anterior, es claro, tal y como se nos precisó, que la dificultad planteada por ustedes estriba en el aumento significativo de la tasa de cambio, la cual no pudo preverse ni proyectarse razonablemente por ninguna de las partes de la relación al nivel en que se produjo. Siendo lo anterior así, en nuestro entender, ello podría conllevar a una revisión del contrato por haber acaecido circunstancias extraordinarias que afectaron el equilibrio económico del mismo en cabeza del beneficiario, lo que se funda en el artículo 868 del Código de Comercio, el cual establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 868. REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, **alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a**

¹² **ARTÍCULO 261. CUENTA ÚNICA NACIONAL.** A partir de la vigencia de la presente ley, con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el Presupuesto General de la Nación a través del Sistema de Cuenta Única Nacional. Para tal efecto, los recaudos de recursos propios, administrados y de los fondos especiales de los órganos que forman parte del Presupuesto General de la Nación serán trasladados a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público conforme los plazos y condiciones que determine la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. En ejercicio de la anterior función, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, administrará por encargo dichos recursos, los que para efectos legales seguirán conservando la naturaleza, propiedad y fines de la ley que los creó, por lo que de ninguna manera exime de responsabilidad a la entidad estatal encargada del recaudo y ejecución presupuestal en los términos de la ley.

¹³ Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014

¹⁴ **ARTÍCULO 75.** Corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público efectuar el recaudo de las rentas y recursos de capital del presupuesto general, por conducto de las oficinas de manejo de sus dependencias o de las entidades de derecho público o privado delegadas para el efecto; se exceptúan las rentas de que trata el artículo 22 de este estatuto (corresponde al art. 34 del presente estatuto) (L. 38/89, art. 61).

cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea. (negrilla y subraya fuera de texto)".

Conforme a lo anterior, se encuentra que cuando quiera que en un contrato se presenten circunstancias extraordinarios, imprevistas o imprevisibles que alteren la prestación de manera excesiva a cargo de una de las partes, se podrá pedir la revisión del contrato, lo cual podrá devenir por un acuerdo entre las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad, así como por la decisión de un juez en sede jurisdiccional. En este sentido lo establece la Corte Suprema de Justicia, indicando que:

"...La imprevisión tiende a revisar el contrato para mantener el equilibrio económico de las prestaciones, previene, evita o corrige las consecuencias de la prestación excesivamente onerosa para una de las partes, con los reajustes, adecuación, adaptación o reforma equitativa, y de no ser posible con su terminación. Por esto, sus causas, requisitos y efectos, son diferentes a los de la ilicitud del negocio, y por regla general, carece de efectos indemnizatorios, pues su finalidad no es resarcitoria, ni se origina en el incumplimiento.

El artículo 868 del Código de Comercio, dispone la regla para contratos de ejecución sucesiva, escalonada, periódica o diferida, cuyas prestaciones se proyectan en espacio temporal distante a su celebración, y pueden afectarse por circunstancias sobrevenidas, previas a su cumplimiento futuro y terminación. Exceptúa los contratos aleatorios y los de ejecución instantánea. De suyo, los eventos alteradores de la simetría prestacional, han de acontecer después de celebrado el contrato, durante su ejecución y previamente a su extinción.

(...)

Las circunstancias sobrevenidas al contrato, a más de extraordinarias, han de ser imprevistas e imprevisibles, y extrañas a la parte afectada. Extraordinarias, son aquellas cuya ocurrencia probable está fuera de lo ordinario, normal, natural, común, usual, lógico, habitual, corriente, frecuencia o periodicidad, atendido el marco fáctico del suceso, sus antecedentes, el estado actual de la ciencia, y la situación concreta según las reglas de experiencia. Imprevisible, es todo evento que en forma abstracta, objetiva y razonable no puede preverse con relativa aptitud o capacidad de previsión, "que no haya podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad (...) Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable, no lo que es simplemente posible. Se debe prever lo que es normal, no hay porque prever lo que es excepcional" (cas. civ. sentencia de 27 de septiembre de 1945, LIX, 443), o según los criterios generalmente admitidos, poco probable, raro, remoto, repentino, inopinado, sorpresivo, súbito, incierto, anormal e infrecuente, sin admitirse directriz absoluta, por corresponder al prudente examen del juzgador en cada caso particular (cas. civ. sentencias de 5 de julio de 1935; 26 de mayo de 1936; 27 de noviembre de 1942; 20 de noviembre de 1989; 31 de mayo de 1995; 20 de junio de 2000, exp. 5475). Imprevisto, es el acontecimiento singular no previsto ex ante, previa, antelada o anticipadamente por el sujeto en su situación,

profesión u oficio, conocimiento, experiencia, diligencia o cuidado razonable. Lo extraordinario u ordinario, previsible e imprevisible, previsto e imprevisto, no obedece a un criterio absoluto, rígido e inflexible sino relativo, y está deferido a la ponderada apreciación del juzgador en cada caso según la situación específica, el marco fáctico de circunstancias, el estado del conocimiento, el progreso, el deber de cuidado exigible y la experiencia decantada de la vida.

La ajenidad de los hechos sobrevenidos al deudor es necesaria en la imprevisión, en tanto extraños a su órbita, esfera o círculo de riesgo, conducta, comportamiento, acción u omisión, hecho o acto, que no las haya causado, motivado, agravado, incurrido en dolo o culpa u omitido medidas idóneas para evitarlos o atenuar sus efectos, siéndole exigible y pudiendo hacerlo. Los eventos pueden originarse en la otra parte, nunca en la afectada, pues al serle imputable jamás podrá invocar su propio acto. Y lo que se dice de la parte comprende el hecho de las personas por quienes responde legal o contractualmente.¹⁵ (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Según lo precedente, es claro que la regla del artículo 868 del Código de Comercio se predica respecto de los contratos de ejecución sucesiva, que puedan verse afectados por circunstancias sobrevinientes de carácter extraordinario, imprevisto e imprevisible, y que, deben presentarse previo cumplimiento del contrato, pues cuando todo ello ocurra, **será posible que las partes revisen las obligaciones del contrato con el objetivo de realizar los reajustes, adecuaciones y adaptaciones equitativas para mantener el equilibrio contractual, lo que, como ya se pudo advertir, podrá provenir por acuerdo entre las partes, o por decisión de un juez cuando quiera que las partes discrepen en su posición.**

Visto lo anterior, hacemos especial énfasis sobre el concepto de *imprevisibilidad*, en tanto que el mismo resulta ser fundamental para que proceda la revisión del contrato. En este sentido, el Consejo de Estado ha determinado los siguientes requisitos para que exista imprevisión:

*"a) que se trate de ejecución sucesiva, ejecución continuada a término; b) que con posterioridad a la celebración del contrato se realice un acontecimiento imprevisto, es decir, que racionalmente no lo hayan previsto los contratantes; y ello porque otra cosa sucede cuando las prestaciones carecen de equivalencia en el momento del contrato y las partes han previsto acontecimientos por los cuales una de las prestaciones puede resultar excesivamente onerosa, por ejemplo, en la constitución de un usufructo vitalicio o de una renta vitalicia, los años que superviva el usufructuario o el acreedor de la renta. Por lo tanto, no puede hablarse de imprevisión cuando el acontecimiento del cual depende la excesiva onerosidad "entra del álea normal del contrato". c) que el acontecimiento imprevisto produzca un notable desequilibrio entre las prestaciones, de manera que el contrato que fue previsto sinalagmático, cese de serlo".*¹⁶

2.2. - Conclusión: Así pues, en nuestro criterio, la fluctuación de la tasa de

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá D.C; 21 de febrero de 2012. Referencia: 11001-3103-040-2006-00537-01. MP. William Namén Vargas

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 1011 de 14 de agosto de 1997. CP. Cesar Hoyos Salazar.

Handwritten signature

cambio afectó de manera imprevisible a los “beneficiarios de convocatorias anteriores” del Crédito Beca de COLFUTURO, por lo cual, sería jurídicamente posible una revisión y posterior modificación del contrato respecto de aquel porcentaje del crédito que excedió lo que resultaba previsible.

Ahora bien, habrá que decir que la anterior solución, resulta ser distinta a la que decida adoptarse con relación a los “nuevos beneficiarios” del crédito beca, toda vez que respecto a ellos no se ha configurado ningún tipo de desequilibrio, por lo que por el momento no habría que realizarse negociación alguna; sin embargo, si la dificultad se origina en la falta de recursos para la financiación de estos beneficiarios, es claro que en aras de dotar de recursos al FONDO COLCIENCIAS-COLFUTURO-ICETEX, resulta posible realizar los ajustes presupuestales que se requieran para respaldar el compromiso que se asuma (traslados presupuestales, apropiaciones dentro del presupuesto del año 2017, etc), toda vez que ello resulta factible a la luz del párrafo tercero de la cláusula tercera del Convenio, en tanto en él se establece que el Constituyente, es decir, COLCIENCIAS, podrá hacer nuevos aportes para incrementar los recursos iniciales del FONDO, lo cual se podrá hacer “mediante documentos escritos firmados por las partes”.

(Consignar la respuesta puntual a las interrogantes planteadas por el solicitante)

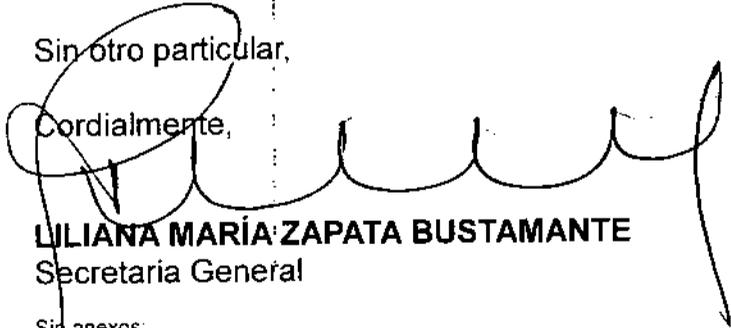
ALCANCE DEL CONCEPTO:

Como se señaló en las observaciones preliminares a la tesis expuesta, el presente concepto jurídico comporta los precisos alcances señalados en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (luego de la sustitución de su Título II por virtud de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015), de conformidad con el cual:

“... Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución...”

Sin otro particular,

Cordialmente,



LILIANA MARÍA ZAPATA BUSTAMANTE
Secretaria General

Si anexos:

Elaborado por: SUÁREZ & BELTRÁN ABOGADOS