

523

1

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejera Ponente: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil diez (2010)

Ref.: Expediente 110010327000200300085-01

Autoridades Nacionales

Actor: Armando Arciniegas Niño.

Se decide en única instancia la demanda de nulidad contra la Resolución No. 1195 de 30 de julio de 1992, proferida por el Director General del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior – ICETEX.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

a) Pretensiones.

El demandante solicitó la nulidad de la Resolución No. 1195 de 30 de julio de 1992 proferida por el Director General del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior – ICETEX, *“Por la cual se modifica parcialmente la Resolución No. 00149 de 30 de enero de 1989, Reglamento del Crédito Educativo”*.

b) Hechos.

El demandante sostuvo que el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior – ICETEX -, es un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Educación que se orienta a la formación y capacitación de los recursos humanos para el desarrollo integral del país, brindando igualdad de oportunidades educativas y culturales a través

de distintos servicios a quienes demuestren capacidad académica e insuficiencia de recursos económicos, de acuerdo con los requisitos señalados en el reglamento de cada programa.

El ICETEX no tiene ánimo de lucro y cumple primordialmente funciones administrativas que se rigen por el derecho público.

Mediante Acuerdo No. 028 de 8 de mayo de 1985 la Junta Directiva del ICETEX adoptó el Estatuto General de Servicios y con base en él se profirió la Resolución No. 00149 de 30 de enero de 1989, por la cual el Director General reglamentó los servicios de crédito, cuyo artículo 27 estableció la forma de cobrar los intereses del capital girado a los beneficiarios de créditos así: *"...Los intereses para la etapa de amortización se liquidan únicamente sobre el valor girado. Parágrafo: El valor de los intereses generados durante la etapa de desembolsos se distribuye a lo largo del periodo de amortización"*.

La Resolución No. 1195 de 30 de julio de 1992 modificó la disposición anterior al establecer que *"El traslado de las obligaciones de la etapa de desembolsos a la etapa de amortización significa fijar el periodo de pago y el valor de las cuotas a pagar por el beneficiario. El capital girado y los intereses causados durante la etapa de desembolso conformarán el capital a pagar por el beneficiario sobre el cual se liquidarán los intereses para la etapa de amortización"*.

c) Normas violadas y concepto de la violación.

El actor afirmó que el acto acusado violó los artículos 2235 del Código Civil que prohíbe estipular intereses sobre intereses y 44 de la Resolución No. 00149 de 30 de enero de 1989 del Director del ICETEX que estableció que los beneficiarios de un crédito asumirían el costo de operación de los créditos a una tasa del 24% anual sobre el saldo de capital adeudado.

En el acápite de concepto de la violación afirmó que la resolución demandada

en cuanto señaló que **“el capital girado y los intereses causados durante la etapa de desembolso conformarán el capital a pagar por el beneficiario sobre el cual se liquidarán los intereses para la etapa de amortización”** viola el artículo 44 de la Resolución No. 149 que está vigente, el cual establece que el interés se cobrará sobre el saldo del capital adeudado y no sobre el capital girado más los intereses.

Por otra parte la capitalización de intereses establecida por el acto acusado sólo está permitida a los particulares, a los comerciantes y a las instituciones financieras amparadas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - Decreto Ley 663 de 1991 -, pero no al ICETEX, dado que no tiene ánimo de lucro y sus actividades se rigen por el derecho público.

Con fundamento en los mismos hechos y razones solicitó la suspensión provisional del acto acusado. (fs. 1 a 4)

1.2. La contestación

El Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior – ICETEX, contestó la demanda por medio de apoderado dentro de la oportunidad legal, oponiéndose a las pretensiones.

Precisó que el objeto y las funciones del ICETEX está señalado en los Decretos 3155/68 y 276 de 2004. Agregó que sus Estatutos fueron adoptados mediante Acuerdo No. 028 de 1985, cuyo artículo 24 estableció que la Dirección de la entidad expediría los reglamentos para cada uno de los servicios a su cargo, y que en cumplimiento de este mandato el Director del ICETEX profirió la Resolución No. 149 de 30 de enero de 1989 que reglamentó el servicio de crédito educativo y atendiendo la dinámica de la entidad la modificó mediante Resolución No. 1195/92 demandada, y finalmente la derogó por Resolución No. 600/98.

Afirmó que la acusación según la cual la Resolución 1195/92 violó el artículo 44 de la Resolución No. 149/89 no debe prosperar porque ambas resoluciones

tienen la misma jerarquía y el Acuerdo No. 32 de 24 de noviembre de 1995 facultó al Director del ICETEX para modificar o derogar el reglamento educativo contenido en la Resolución No. 149/89 y efectivamente lo modificó al proferir la Resolución 1195 de 30 de julio de 1992 acusada.

Respecto del cargo de violación del artículo 2235 del Código Civil que prohíbe el cobro de intereses sobre intereses, afirmó que el demandante no explicó, al menos en forma sumaria, el concepto de su violación, pero que si se estudia no debe prosperar porque, como lo disponen el artículo 2 del Decreto 2129/92 y el artículo 2 del Decreto 276/04, **“la actividad que realice el Instituto en cumplimiento de su función social se sujetará en general a criterios de costeabilidad”**.

Además, la capitalización de intereses establecida en la resolución demandada y pactada con cada uno de los beneficiarios de créditos con el ICETEX tiene fundamento en el artículo 2235 del Decreto 1459 de 1989, reglamentario del artículo 2235 del Código Civil, que estableció que *“para efectos de lo dispuesto por el artículo 886 del Código de Comercio y 2235 del Código Civil, en concordancia con la regla cuarta del artículo 1617 ibídem, se entiende por intereses pendientes o atrasados aquéllos que sean exigibles, es decir, los que no han sido pagados oportunamente. En consecuencia, no se encuentra prohibido el uso de sistemas de pago que contemplen la capitalización de intereses, por medio de las cuales las partes en el negocio determinan la cuantía, plazo y periodicidad en que deben cancelarse los intereses de una obligación. Únicamente el retardo en el pago de las cuotas de intereses resultantes de la aplicación de dichos sistemas, respecto de obligaciones civiles, está sujeta a la prohibición contemplada en la regla cuarta del artículo 1617 y en el artículo 2235 del Código Civil...”*

El Consejo de Estado reconoció la legalidad de la capitalización de intereses en los contratos civiles, consagrado en esta norma.

Por otra parte, la Ley 18 de 1988 autorizó al ICETEX a captar ahorro interno y a emitir títulos valores que denominó títulos de ahorro educativo - TAE -, y a

reconocer intereses sobre los mismos, cometiéndola naturalmente al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria. La actividad de captación y de colocación descrita del ICETEX se rige por el Estatuto Financiero (Decreto 663 de 1993, especialmente los artículos 277 y 278).

Concluyó que si bien el ICETEX desarrolla una función social, necesita *“retribuir la pérdida de la facultad de utilizar el dinero tanto por el riesgo que se corre al sacar de su patrimonio las sumas liquidadas prestadas, como por la desvalorización de las mismas”* y que la legalidad de la capitalización de intereses cuestionada en la demanda ha sido reconocida por el Consejo de Estado en sentencia de 12 de marzo de 1992 y por la Corte Constitucional en la sentencia C-747 de 1999.

Propuso las siguientes excepciones: a) de ineptitud de la demanda fundada en el argumento de que ésta pretende la nulidad de una norma que no existe en el ordenamiento porque fue derogada por el artículo 31 de la Resolución No. 600/98; b) la de carencia del concepto de la violación del artículo 2235 del Código Civil; c) la de legalidad de la capitalización de intereses en el contrato de mutuo que sustentó afirmando que esta es la clase de contratos que celebra el ICETEX cuando otorga créditos educativos y que en ellos procede la capitalización de intereses por las razones expuestas previamente. d) las que se encuentren probadas al momento de dictar sentencia (fs. 84 a 97).

1.3. Actuación procesal.

Mediante auto de 18 de noviembre de 2004 se admitió la demanda y se negó la suspensión provisional del acto acusado (fs. 67 a 71 del cuaderno principal), el cual se notificó a las partes por estado (f. 71 ibídem), personalmente al Agente del Ministerio Público (f. 72 ibídem) y por aviso al Director de la entidad demandada (f. 76 ibídem). El proceso se fijó en lista por el término de ley (fs. 78 ibídem), se abrió a pruebas por auto de 5 de agosto de 2005 (f. 144 ibídem) y mediante auto de 23 de junio de 2006 se corrió traslado a las partes y al Procurador Delegado para que presentaran alegatos de conclusión (f. 146 ibídem).

1.4. Alegatos de conclusión.

Dentro de la oportunidad legal el actor presentó alegatos en los que reiteró los hechos y razones en que fundó la demanda (fs. 147 a 150). En la misma oportunidad la parte demandada reiteró, en lo sustancial, los hechos y razones que expuso en la contestación de la demanda (fs. 151 a 163).

1.5. Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado solicitó que se acceda a las pretensiones de la demanda.

Para sustentar su solicitud afirmó que, aunque el ICETEX tiene competencia para regular el crédito educativo no podía autorizar el cobro de intereses respecto de los intereses causados en los créditos educativos sin violar los artículo 1617 y 2325 del Código Civil que prohíben dicha práctica.

Afirmó que la tesis según la cual la capitalización de intereses es una práctica comercial que no procede en materia de crédito destinado a la financiación de vivienda porque el artículo 51 de la Constitución garantiza el derecho a la vivienda digna y su financiación es un asunto de interés social, se aplica al crédito educativo porque de acuerdo con los artículos 67, 69 y 70 la educación es un derecho y un servicio público que tiene una función social que impone al Estado la obligación de crear los mecanismos financieros que faciliten su acceso a la educación superior.

Extractos:

2. CONSIDERACIONES

2.1. La norma acusada.

El demandante la nulidad de la Resolución No. 1195 de 30 de julio de 1992 del Director General del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior – ICETEX, *“Por la cual se modifica parcialmente la Resolución No. 00149 de 30 de enero de 1989, Reglamento del Crédito*

Educativo”, copia auténtica de la cual obra a folio 60 y 141 del cuaderno principal, cuyo texto es el siguiente:

RESOLUCIÓN No. 1195

30 de julio de 1992

“Por la cual se modifica parcialmente la Resolución No. 00149 de 30 de enero de 1989, Reglamento del Crédito Educativo”.

El Director del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, ICETEX,

CONSIDERANDO.

Que la Resolución No. 00149 del 30 de enero de 1989 determina el reglamento para el servicio de crédito educativo.

Que el artículo 27 de la mencionada Resolución elimina la capitalización de los intereses generados sobre el valor de los giros a los estudiantes durante la etapa de desembolsos, estableciendo el mecanismo de su distribución en cuotas iguales a lo largo de la etapa de amortización.

Que dicho mecanismo ha tenido un impacto financiero negativo para el ICETEX en la medida en que el Instituto está financiando a costo cero una cuantía de intereses que deberían ser cancelados por los beneficiarios en el momento de su causación.

RESUELVE.

ARTÍCULO PRIMERO. *Modificar el artículo 17 de la Resolución No. 00149 de enero 30 de 1989, el cual quedará así:*

TRASLADO DE LA ETAPA DE DESEMBOLSOS A LA ETAPA DE AMORTIZACIÓN.

El traslado de obligaciones de la etapa de desembolsos a la etapa de amortización significa fijar el periodo de pago y el valor de las cuotas a pagar por el beneficiario. El capital girado y los intereses causados durante la etapa de desembolsos conformarán el capital a pagar por el beneficiario sobre el cual se liquidarán los intereses para la etapa de amortización.

ARTÍCULO SEGUNDO. *La presente Resolución rige a partir del 1º de septiembre de 1992.*

2.2. Cuestiones procesales previas.

2.2.1. Excepciones.

En los procesos contencioso administrativos sólo son admisibles las excepciones de fondo según lo establecido en el artículo 164 del C. C. A., por lo que la falta de los presupuestos procesales de la acción o de la demanda requeridos para que el proceso se desenvuelva válidamente, que el C. P. C., encuadran dentro de las denominadas excepciones previas, deben estudiarse como impedimentos procesales para decidir que deben decidirse en la sentencia, criterio que resulta aplicable en esta providencia al despachar las excepciones propuestas por la entidad demandada.

En efecto, el apoderado del ICETEX propuso la excepción de ineptitud de la demanda fundada en dos argumentos: **a)** la Resolución No. 1195 de 30 de julio de 1992 proferida por el Director de la entidad demandada, cuya nulidad se pretende, fue derogada por el artículo 31 de la Resolución No. 6700/98 dictada por la misma autoridad; **b)** el demandante no explicó el concepto de la violación del artículo 2235 del Código Civil.

Respecto de la presunta falta de un requisito de la demanda por haberse solicitado la nulidad de una norma derogada, cabe señalar que en parte alguna el Código Contencioso Administrativo se establece un requisito semejante pues el artículo 137 ibídem se limita a exigir en el numeral 2 que en el libelo se señale "**lo que se demanda**", que en procesos como el presente corresponde al señalamiento del acto administrativo cuya nulidad se pretende, en este caso de la Resolución No. 1195 de 30 de julio de 1992 del ICETEX.

La demostración de que la vigencia del acto acusado no es un requisito de la demanda desvirtúa la excepción propuesta por la entidad demandada.

No sobra agregar que el artículo 31 de la Resolución 600 de 4 de septiembre de 1998 del Director del ICETEX hubiera derogado la resolución demandada (fs. 106 y siguientes del expediente administrativo) no derogó expresamente la resolución demandada, pero aún si estuviera derogada habría que decidir de fondo la pretensión de nulidad impetrada por el actor pues, como lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación "*se impone fallo de mérito a*

pesar de que los actos demandados hayan sido derogados al momento de dictar sentencia, pues la derogatoria no restablece per se el orden jurídico vulnerado, sino que, apenas acaba con la vigencia, ya que un acto administrativo aún derogado, continúa amparado por la presunción de legalidad que lo protege, que sólo se pierde ante el pronunciamiento de nulidad del juez competente...".¹ Además, **resulta necesario el pronunciamiento de fondo en vista de los posibles efectos que el acto demandado pudo producir durante su vigencia.**

Por otra parte, para desvirtuar la presunta falta del concepto de la violación del artículo 2235 del C. C., basta recurrir al libelo donde se explica claramente que dicho artículo prohíbe cobrar intereses sobre intereses y que la norma acusada autoriza la capitalización de intereses, infringiendo la prohibición enunciada.

El concepto de la violación, aunque breve, está contenido en la demanda y su probable insuficiencia o falta de corrección, podría incidir en el éxito o fracaso de las pretensiones, pero no configura la falta de un requisito de la demanda.

- Los argumentos según los cuales la capitalización de intereses ordenada en el acto acusado es legal porque se trata de una operación autorizada en los contratos civiles de mutuo que celebra la entidad demandada se tendrán en cuenta al estudiar de fondo los cargos de la demanda.

2.2.2. Falta de publicación de la resolución acusada.

La Sala advierte que la resolución acusada, que sin duda es un acto administrativo de carácter general que regula las condiciones en que el ICETEX debe cobrar los intereses por concepto de los créditos educativos que otorga dicha entidad, debió ser publicada como lo ordena el artículo 43 del C. C. A., pero no lo fue.

¹ Sentencia de esta Sección de 23 de febrero de 1996 que prohijó la tesis expuesta por la Sala Plena en sentencia de 14 de enero de 1996.

Así consta en el oficio 10195 de 25 de junio de 2004 que obra a folio 61 del expediente, mediante el cual el ICETEX, en respuesta a una petición del demandante, le entrega copia auténtica de la Resolución No. 1195 de 30 de julio de 1992 demandada y le informa que no fue publicada porque no constituye un acto de carácter general cuya publicidad sea necesaria para su vigencia y oponibilidad puesto que el reglamento de crédito que contiene sólo es exigible cuando se incorpora en un contrato de mutuo suscrito entre el ICETEX y el mutuario.

La falta de publicación del acto demandado no impide el enjuiciamiento de su legalidad porque, como lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional en forma reiterada y uniforme, la publicidad es un requisito externo al acto administrativo que impide su oponibilidad frente a los particulares y, por tanto, su eficacia, pero en ningún caso afecta su existencia y validez pues el acto existe y es válido desde cuando se expide, esto es, desde cuando lo suscribe la autoridad administrativa correspondiente.²

En el presente caso se probó la expedición del acto acusado, puesto que se allegó el expediente su copia autenticada por la autoridad que lo profirió, y como el demandante cuestiona su legalidad la Sala habrá de enjuiciarla.

2.3. Estudio de los cargos.

2.3.1. - El demandante afirmó que el acto acusado violó el artículo 2235 del Código Civil que establece: "**Se prohíbe estipular intereses de intereses**".

Este cargo no prosperará porque si bien es cierto que el acto acusado permite la capitalización de intereses, como se demostrará más adelante, dicha figura es diferente al anatocismo, con la cual la confunden el demandante y el Agente

² Sentencias de 28 de octubre de 1999, exp. 3443, proferida por esta Sección y C-957-97, de la Corte Constitucional, entre otras.

del Ministerio Público, figura efectivamente prohibida por el artículo 2235 del C. C.

La jurisprudencia de esta Sección ha discriminado con claridad las dos figuras en sentencias de 27 de Marzo de 1992³ y de 9 de diciembre de 1994.⁴ Para ilustrar esa distinción se transcribe el siguiente aparte de la segunda sentencia:

"...La clara diferencia que existe entre el denominado anatocismo o interés compuesto y la capitalización del interés, es que mientras por el primero se consideran los intereses atrasados como nuevo capital para que a su vez produzcan intereses, la segunda figura consiste en acumular el capital, los intereses que se vayan causando y la suma de ambos factores estimarla como nuevo capital que genera sus respectivos intereses. Es decir, el anatocismo cambia en forma automática los intereses exigibles y no pagados oportunamente en capital y, por el contrario, la capitalización de intereses consiste en un sistema de pago libremente acordado entre las partes en lo que atañe al monto, plazo y periodicidad de los pagos por intereses en una obligación concreta y, en el evento que ello no se haya pactado desde el nacimiento de la obligación, implica una novación del contrato primitivo y requiere, por lo tanto un nuevo acuerdo de voluntades contratantes. El sistema de amortización en el cual, durante una primera parte del plazo, las cuotas periódicas pactadas no cubran la totalidad de los intereses corrientes causados y se capitalice la porción no cubierta de los mismos, para cuyo establecimiento autorizó la Junta Directiva del B.C.H. el artículo 2 literal b) del decreto acusado, no está cobijado por la figura del anatocismo".

En la sentencia C- 364 de 2000 la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad del artículo 2235 del Código Civil citado por el actor que consagra la prohibición del anatocismo y distinguió ese concepto de la capitalización de intereses en los siguientes términos:

(...) 9. De otro modo, en lo concerniente al artículo 2235 del Código Civil que consagra la prohibición de estipular intereses sobre intereses, es claro que la tradición jurídica colombiana ha asociado la norma en mención con el anatocismo, término que según ha indicado esta Corporación, implica "una medida de orden público, obligatoria para los contratantes, en defensa del deudor, a fin de evitar que sea víctima de una exacción, entendida como cobro injusto y violento"⁴³. Sin embargo, desde el punto de vista del debate legal, otros han pretendido extender a las consideraciones que consagra esta norma, también una prohibición respecto de la capitalización de intereses⁴⁴, lo que ha despertado diferentes posiciones a la luz del debate jurídico actual.

³ En esta sentencia, con ponencia del Consejero Miguel González Rodríguez, se negó las pretensiones de nulidad contra el Decreto 1454 de 4 de julio de 1989 del Gobierno Nacional que reglamentó los artículos 1617-4 y 2235 del Código Civil y 886 del Código de Comercio.

⁴ Esta sentencia, con ponencia del Consejero Libardo Rodríguez Rodríguez, estudió la autorización de capitalizar intereses conferida al Banco Central Hipotecario (exp. 1159 - 1148 - 1488).

En ese orden de ideas, una primera posición, dirigida a limitar el alcance de la prohibición solamente al anatocismo, es una reflexión que comparten algunos tratadistas, quienes han considerado que el artículo 2235 de la legislación civil puede ser asociado con el inciso tercero del artículo 1617, en la medida en que éste último señala a su vez, que los intereses atrasados, "no producen interés". Al respecto, es evidente que el Legislador consideró que en la estipulación de intereses sobre intereses del artículo 2235, "había un objeto ilícito, que implica un abuso cometido contra individuos que se hallan en circunstancias difíciles, y que sólo obligados por éstas, y no libremente, conviene aceptar las obligaciones que se les imponen"⁶¹. De ahí, que tales consideraciones en favor de los deudores y en contra del abuso del derecho de los acreedores, permitan que el anatocismo resulte proscrito en nuestra legislación.

Sobre el particular, Fernando Velez sostiene que la prohibición consagrada en el artículo 2235 del Código Civil "se halla tácita en la regla 3ª del artículo 1617"⁶¹ del mismo estatuto; y que de igual forma, "la regla tercera, según la cual los intereses atrasados no producen intereses, (1617) la reproduce el artículo 2235"⁷¹ del mismo código, lo que nos llevaría a la conclusión de que ambas disposiciones comparten un mismo contenido material, en lo concerniente al anatocismo. Tal identidad material entre los artículos enunciados, exige que se tomen en consideración, las apreciaciones contenidas en la sentencia C-367 de 1995, - sobre la regla tercera del artículo 1617 -, cuyas observaciones son materialmente aplicables al artículo 2235 del Código Civil y por consiguiente, hacen de esa disposición acusada, una norma constitucional bajo los criterios enunciados en esa sentencia, ya que se indicó que tal consagración legal respecto del anatocismo, en nada vulneraba la Constitución.

Así mismo, esa identidad material de los dos artículos señalados, ha sido avalada igualmente por una sentencia del Consejo de Estado sobre el tema⁸¹, en la que se concluyó que en virtud de la llamada "armonía legis", el artículo 2235 de la legislación civil, en cuanto prohíbe cobrar intereses de intereses, debía entenderse y aplicarse teniendo en cuenta el criterio sentado por esa sentencia en lo concerniente a la regla tercera del artículo 1617, respectiva.

Ahora bien, reconociendo los anteriores supuestos, es claro que desde el punto de vista del debate legal hay quienes consideran que tales artículos, incluyendo el 2235, incorporan en su prohibición no sólo el anatocismo, sino también la capitalización de intereses⁹¹. Otros juristas, por el contrario¹⁰¹, estiman que los artículos mencionados al ser debidamente interpretados, sólo prohíben el anatocismo, y no la capitalización de intereses. Sobre el particular, también Fernando Vélez reconoce la dificultad de delimitar en la práctica, el alcance de la prohibición consagrada en el artículo 2235. Sin embargo, al respecto es importante precisar que en la actualidad, un pronunciamiento del Consejo de Estado sobre la legalidad del Decreto 1464 de 1989, que reglamentó la tercera regla del artículo 1617 en materia de capitalización de intereses, delimitó desde el punto de vista doctrinal y legal, los artículos 1617, 2235 y 886 C. Co. con respecto a lo que debe entenderse por anatocismo en materia civil y comercial, y lo que debe considerarse como capitalización de intereses. Así, en virtud de esa decisión, el anatocismo implica un cobro de intereses, sobre intereses "atrasados", es decir, aquellos que no fueron cubiertos en el tiempo u oportunidad señalados para ello, en el respectivo negocio jurídico. En efecto, "son los intereses colocados en condiciones moratorias los que no permiten, de conformidad con las normas reglamentadas en el Código Civil el cobro de nuevos intereses". Sin embargo, los intereses no "atrasados" si pueden llegar a "producir intereses" y es respecto de

aquellos "causados" pero no exigibles, que resulta válido el negocio jurídico de la capitalización de intereses.

Las sentencias transcritas ponen de presente que el anatocismo prohibido por el artículo 2235 del C. C., es el cobro de intereses sobre intereses "atrasados", es decir, no pagados en la oportunidad pactada, mientras que la capitalización de intereses es el cobro de intereses sobre Intereses "no atrasados", esto es, "causados pero no exigibles".

La norma demandada no establece la figura del anatocismo, esto es, el cobro de intereses sobre los intereses que el deudor esté en mora de pagar, prohibido por el artículo 2235 del C. C. Lo que autoriza es el cobro durante la etapa pactada para la amortización del crédito de los intereses causados en la época de los desembolsos, operación que corresponde inequívocamente a la capitalización de intereses.

Por lo expuesto es claro que la resolución acusada no violó el artículo 2235 del Código Civil.

2.3.2. El demandante señaló, por otra parte, que el acto acusado es ilegal porque ordenó capitalizar intereses en los créditos educativos otorgados por el ICETEX, operación que, a su juicio, sólo pueden efectuar los particulares, los comerciantes y las instituciones financieras amparadas por el Decreto Ley 663 de 1991, Estatuto Financiero, pero le está vedada al ICETEX dado que su naturaleza es la de un establecimiento público sin ánimo de lucro que se rige por el derecho público.

La acusación mencionada no está llamada a prosperar porque el demandante no señala norma legal alguna que le impida al ICETEX disponer la capitalización de intereses respecto de los créditos que otorga, independiente de que la función que cumpliera al otorgar créditos fuera de naturaleza administrativa y no comercial.⁵

⁵ En la sentencia de 30 de noviembre de 2006, exp. 2002-00304-01. M. P. Camilo Arciniegas se sostuvo que el otorgamiento de créditos educativos por parte del ICETEX constituye una actividad administrativa propia de sus funciones como establecimiento público. Igual criterio expresó la Corte Constitucional en la sentencia C- 482 de 2006.

La Corte Constitucional consideró exequible la aplicación de esta figura en términos generales en las sentencias C- 700 y C-704 de 1999, aunque consideró que violaba el artículo 51 de la Carta Política que consagra el derecho a una vivienda digna cuando se aplicaba a créditos destinados a la financiación de vivienda.

El criterio según el cual la capitalización de intereses viola el derecho a la vivienda digna no puede aplicarse automáticamente, como lo pide el Agente del Ministerio Público, a todos los casos en que se capitalizan intereses respecto de créditos otorgados a los ciudadanos para financiar actividades que promuevan la realización de sus derechos constitucionales fundamentales, bajo la premisa de que esos derechos resultan vulnerados.

Es posible que la aplicación de la capitalización de intereses a cierto tipo de créditos viole normas superiores del ordenamiento, incluidas las que garantizan derechos constitucionales fundamentales, y que en razón de ello haya que declarar la nulidad de los actos administrativos que la instituyen. Pero para que eso ocurra es necesario que esas acusaciones se formulen de manera expresa en las demandas y que se demuestre dentro del proceso.

La demanda en estudio no señaló norma alguna que impida al ICETEX capitalizar intereses por concepto de los créditos educativos que otorga y tampoco se alegó ni se demostró que dicha institución violara los derechos fundamentales de los beneficiarios de dichos créditos.

Por lo expuesto, el cargo en estudio no prospera.

2.3.3. El actor afirmó que el acto acusado violó el artículo 44 de la Resolución No. 00149 de 30 de enero de 1989 *"Por la cual se determina el reglamento para el funcionamiento del servicio de crédito adoptado mediante acuerdo No. 028 de 8 de mayo de 1985"*, proferida por el Director de esa entidad, copia auténtica de la cual obra a folio 115 y siguientes.

El texto del artículo mencionado es el siguiente:

Artículo 44. Costos de operación.

Se carga el veinticuatro por ciento (24%) de interés anual sobre el saldo del capital adeudado por el beneficiario, durante los periodos de estudio y operación, el cual cubre los costos en que incurre el ICETEX por el servicio. Los intereses se liquidan mensualmente con tasa de interés diaria.

Parágrafo: *Los beneficiarios de crédito educativo pagan, además, sobre cada giro real efectuado, el 1% destinado a amparar los riesgos de muerte, invalidez física o mental total y permanente del beneficiario. Este valor se puede pagar por ventanilla o descontar directamente de cada desembolso.*

La Resolución No. 1195 de 30 de julio de 1992 demandada señala de modo expreso en su encabezamiento y en sus consideraciones que su objeto es modificar la Resolución No. 149 de 30 de enero de 1989 de la cual hace parte el artículo transcrito, y de hecho la modifica al regular en forma distinta el cobro de intereses a cargo de los estudiantes beneficiarios de créditos educativos.

En efecto, el artículo 44 de la Resolución No. 149 de 30 de enero de 1989 establece un sistema en el cual el estudiante sólo está obligado a pagar un 24% por concepto de interés anual sobre el saldo del capital y un 1% adicional destinado a amparar el riesgo por muerte, invalidez física o mental total y permanente del beneficiario.

Esta fórmula no comprende la capitalización de intereses que el acto acusado describe así: *"El capital girado y los intereses causados durante la etapa de desembolsos conformarán el capital a pagar por el beneficiario sobre el cual se liquidarán los intereses para la etapa de amortización"*.

La diferencia entre los dos sistemas de cobro de intereses es claro, puesto que el primero considera como capital los valores desembolsados y sobre ellos aplica un interés, mientras que el segundo, considera como capital que debe cobrarse durante la etapa de amortización no solo los dineros desembolsados sino los intereses que éstos generan durante la etapa del desembolso. La consecuencia es que los intereses que deben pagarse en el segundo sistema son mayores.

De lo expuesto se concluye que la resolución demandada modificó la regulación sobre cobro de intereses prevista en el artículo 44 de la Resolución No. 149 de 30 de enero de 1989, lo cual no niega la entidad demandada quien adujo en su defensa que los actos administrativos se vician de nulidad cuando vulneran normas a las que deben estar sujetas pero no cuando son de igual nivel y además, que el Director del ICETEX no estaba sujeto al reglamento contenido en la Resolución 149/89 porque tenía facultades para modificarla.

Esas afirmaciones son ciertas porque mediante Acuerdo 028 de 8 de mayo de 1985, cuya copia auténtica obra a folios 39 a 50 del expediente administrativo allegado al proceso, la Junta Directiva del ICETEX adoptó el Estatuto General de Servicios, cuyo artículo 23 facultó al Director de la entidad para expedir los reglamentos de los servicios a su cargo, entre ellos el de crédito.

Como esa facultad no estaba limitada en el tiempo es evidente que el Director General del ICETEX podía expedir un primer reglamento de crédito, como en efecto lo hizo al expedir la Resolución No. 149 de 30 de enero de 1989 que el actor señala como norma violada (fs. 8 a 33 ibidem) y con fundamento en la misma facultad podía modificar dicho reglamento, como en efecto lo modificó mediante la Resolución No. 1195 de No. 1195 de 30 de julio de 1992 demandada (f. 34 ibidem).

De allí que no pueda afirmarse que la resolución modificatoria (1195 de 1992) violó resolución modificada (149 de 1989) a la cual evidentemente no estaba sujeta pues ambas estaban en la misma posición jerárquica. En consecuencia, no prospera el cargo en estudio.

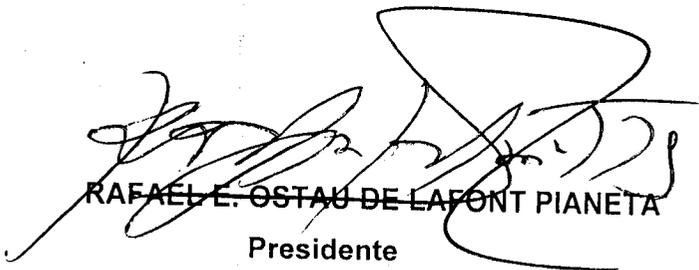
En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO. Deniéganse las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.


RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
Presidente


MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO


MARCO ANTONIO VELILLA MORENO