

| Código: MA 3.1 Pro 01.F.19 | | Fecha: | 5/10/2023 | | Versión: | 2 | |
|--|---|---|--|----------|--|---|--|
| Informe de observaciones y respuestas de los proyectos específicos de regulación | | | | | | | |
| En cumplimiento del Decreto 1081 de 2015 artículo 2.1.2.1.14. Publicidad e informe de observaciones y respuestas de los proyectos específicos de regulación expedidos con firma del presidente de la República | | | | | | | |
| Datos básicos | | | | | | | |
| Nombre de la entidad | MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO | | | | | | |
| Responsable del proceso | ROSA DORY CHAPARRO ESPINOSA - Jefe Oficina Asesora Jurídica | | | | | | |
| Nombre del proyecto de regulación | Por el cual se modifica los artículos 2.19.1 y 2.19.7 del Decreto 1088 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público, en lo relacionado con el Fondo Nacional para el Desarrollo de la Infraestructura - FONDES, y se dictan otras disposiciones* | | | | | | |
| Objetivo del proyecto de regulación | Modificación de los artículos 2.19.1 y 2.19.7 del Decreto 1088 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público, referente a la administración y ordenación del gasto del FONDES, y se dictan otras disposiciones. | | | | | | |
| Fecha de publicación del informe | 2/12/2023 | | | | | | |
| Descripción de la consulta | | | | | | | |
| Tiempo total de duración de la consulta | 15 días | | | | | | |
| Fecha de inicio | 11 de Noviembre de 2023 | | | | | | |
| Fecha de finalización | 26 de Noviembre de 2023 | | | | | | |
| Enlace donde estuvo la consulta pública | https://www.minhacienda.gov.co/documents/2019/1857600/DECRETO+FNDES+V20+MEMORIA+I.pdf/7e568b66-be25-4ae1-71e4-361ad1e47e1e1761269718739 | | | | | | |
| Canales o medios dispuestos para la difusión del proyecto | Página Web MNCP | | | | | | |
| Canales o medios dispuestos para la recepción de comentarios | Página Web MNCP | | | | | | |
| Resultados de la consulta | | | | | | | |
| Número de Total de participantes | 4 | | | | | | |
| Número total de comentarios recibidos | 4 | | | | | | |
| Número de comentarios aceptados | 0 | | | | | | |
| Número de comentarios no aceptados | 4 | | | | | | |
| Número total de artículos del proyecto | 4 | | | | | | |
| Número total de artículos del proyecto con comentarios | 2 | | | | | | |
| Número total de artículos del proyecto modificados | 0 | | | | | | |
| Consolidado de observaciones y respuestas | | | | | | | |
| Id. | Fecha de recepción | Remitente | Observación recibida | Estado | Consideración dentro entidad | | |
| 1 | 25/11/2023 | info@asocapital.es.co - 'ANDRÉS SANTA MARÍA GARRIDO | <p>El proyecto de decreto establece que el FONDES será administrado por las entidades financieras de naturaleza pública pertenecientes al Grupo Bicentenario que, dentro de sus operaciones, se encuentren habilitadas para actuar como fiduciarias. Esta disposición implica un cambio sustancial en la administración del Fondo, dado que actualmente la gestión fiduciaria está a cargo de la Financiera de Desarrollo Nacional - FDN.</p> <p>Es importante tener en cuenta que la FDN, como banco de desarrollo de naturaleza pública, cuenta con una reconocida capacidad técnica en estructuración financiera y de proyectos, análisis de riesgo, modelación y acompañamiento especializado en infraestructura estratégica. Esta trayectoria técnica ha sido fundamental para la adecuada administración del FONDES, particularmente en actividades relacionadas con la estructuración de proyectos complejos, la evaluación financiera y la gestión de inversiones de alto impacto.</p> <p>El cambio propuesto, que faculta al ministro de Hacienda y Crédito Público para delegar la administración del Fondo en el Grupo Bicentenario o en cualquiera de sus entidades, genera inquietudes en términos de capacidad técnica y continuidad operativa. Si bien algunas entidades del Grupo Bicentenario están facultadas por la Superintendencia Financiera para actuar como fiduciarias, no todas cuentan con la experiencia ni la especialización que la FDN ha desarrollado en materia de infraestructura, lo que podría implicar pérdida de rigor técnico o reducción en los estándares aplicados para la administración y evaluación de los recursos del FONDES. Asimismo, la transición hacia un nuevo administrador puede implicar riesgos operativos relevantes</p> <p>o como ajustes contractuales, liquidación del patrimonio autónomo vigente, adecuación de reglamentos internos, cambios en los procedimientos de evaluación, entre otros aspectos que podrían afectar la continuidad de los proyectos actualmente en curso. Esta situación tiene especial relevancia para las entidades territoriales que dependen de esquemas de financiación o cofinanciación articulados con el FONDES para proyectos estratégicos de alcance regional o metropolitano.</p> <p>En ese sentido, resaltamos que este proyecto es importante el punto de vista técnico, operativo e institucional, particularmente en lo relacionado con la pérdida rigor técnico y experticia especializada, la gestión de la transición fiduciaria y los riesgos sobre la continuidad de proyectos estratégicos en los que participan entidades territoriales.</p> <p>Una vez señalado lo anterior, manifestamos que para ASOCAPITALES es de suma importancia participar en los debates de Proyectos de Decreto que involucren los intereses de nuestros asociados. Por tal razón, agradecemos la oportunidad de permitirnos compartir con ustedes nuestras apreciaciones sobre este importante Proyecto de decreto. Estaremos atentos a cualquier inquietud adicional que surja de este proceso.</p> | aceptado | <p>El propósito fundamental de la propuesta normativa es garantizar la selección de la entidad administradora del FONDES con base en criterios de idoneidad, conveniencia y oportunidad, teniendo en cuenta únicamente a aquellas entidades del Grupo Bicentenario que, de conformidad con su marco legal vigente, se encuentren habilitadas para desarrollar operaciones fiduciarias.</p> <p>Ahora bien, es importante aclarar que cualquier cambio en la administración del FONDES no implica suspender la operación ni afectar los proyectos en curso. Se garantizará plenamente la continuidad del negocio, únicamente con un nuevo administrador distinto de la FDN en la medida en que así lo determine el proceso evaluativo y de designación. En ningún caso se interrumpirá el flujo operativo, ni se detendrán los mecanismos de apoyo a, por ejemplo, las entidades territoriales.</p> <p>El objetivo es asegurar que la administración del Fondo esté a cargo de la entidad que resulte más idónea, sin afectar la ejecución ni los tiempos de los proyectos estratégicos.</p> <p>Igualmente, es importante mencionar que el diseño institucional del Grupo Bicentenario como conglomerado financiero público (del cual hacen parte tanto la FDN como las demás entidades habilitadas para operar como fiduciarios) facilita que este tipo de transiciones se realicen de forma ordenada y sin traumatismos.</p> <p>La articulación interna del Grupo permite mantener estándares de operación, compartir capacidades técnicas y asegurar que cualquier cambio administrativo suponga continuar con el desarrollo de los proyectos prioritarios para el gobierno nacional, y en este caso aquellos proyectos beneficiados por el FONDES.</p> <p>Por ello, el proyecto de decreto no busca disminuir la calidad técnica ni reemplazar arbitrariamente capacidades, sino determinar cuál entidad del Grupo ofrece la combinación más adecuada de capacidad fiduciaria, solvencia, experiencia operativa y alineación estratégica. Cualquier transición, de resultar pertinente, se gestionará bajo los principios de planeación, continuidad operacional y protección de los proyectos activos, garantizando que no se afectado el acceso a recursos, asistencia técnica o esquemas de financiación.</p> | | |

91

| | | | |
|---|------------|--|--|
| 2 | 26/11/2025 | <p>Respetados señores Ministerio de Hacienda y Crédito Público: La Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia, Asobancaria, en representación del sector financiero y sus entidades agremiadas en particular, presenta a consideración del Gobierno Nacional las siguientes observaciones en relación con el proyecto de decreto que modifica los artículos 2.19.1. y 2.19.7 del Decreto 1068 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público, en lo relacionado con el Fondo Nacional para el Desarrollo de la Infraestructura - FONDES" El Proyecto de Decreto establece que el FONDES será administrado por la o las entidades financieras de naturaleza pública pertenecientes al Grupo Bicentenario que cuenten con la facultad de actuar como fiduciarias, conforme al artículo 1226 del Código de Comercio. La designación del administrador se realizará directamente mediante resolución del ministro de Hacienda y Crédito Público, en su calidad de fideicomitente, atendiendo criterios de conveniencia y oportunidad. Con el propósito de fortalecer la sostenibilidad financiera y la eficiencia en la gestión, se recomienda considerar la incorporación de un régimen de inversiones que favorezca la adecuada diversificación de los recursos administrados a través del FONDES, asegurando un respaldo sólido que contribuya a preservar su valor y garantizar su estabilidad en el tiempo. En su defecto, se sugiere implementar un esquema robusto de control y seguimiento a la administración de dichos recursos. Adoptar estas medidas no solo refuerza la confianza en la gestión, sino que también ayuda a prevenir posibles disminuciones en la rentabilidad que podrían afectar el logro de los objetivos estratégicos del Fondo. Se espera haber colaborado con estos comentarios la labor regulatoria que adelanta el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Cordial saludo.</p> <p>vicepres idencija uridica @asoba ncaria.c om - Adriana Maria Ovalle Herazo</p> | <p>En cuanto a la observación relacionada con la definición de un régimen de inversiones o, en su defecto, la implementación de un esquema robusto de control y seguimiento a la administración de los recursos del FONDES, es importante precisar lo siguiente:</p> <p>1.El FONDES ya cuenta con un marco legal y reglamentario que define los usos autorizados de sus recursos.</p> <p>Estos usos provienen directamente de la ley y se desarrollan en el Decreto 1068 de 2015, razón por la cual el proyecto de decreto no modifica dichas disposiciones ni incorpora nuevos instrumentos de inversión. La naturaleza del Fondo no es la de un vehículo de inversión financiera general, sino la de un mecanismo público destinado a apoyar el desarrollo de infraestructura y otros usos definidos por el legislador.</p> <p>2.El proyecto de decreto mantiene intacto el régimen vigente precisamente para garantizar continuidad técnica, operativa y jurídica.</p> <p>Cualquier alteración en el propósito final y el tipo de proyectos a financiar, requeriría una modificación de rango legal. Por ello, el proyecto se concentra exclusivamente en ajustar el mecanismo de designación del administrador, sin modificar los usos también autorizados por el Decreto 1068 de 2015, la arquitectura de gobernanza, elegibilidad de gastos ni lineamientos de inversión establecidos en la normativa vigente.</p> <p>3.La administración seguirá sometida a los sistemas de control, auditoría y seguimiento del Estado, sin perjuicio de los propios del Grupo Bicentenario y de la entidad que sea designada.</p> <p>La transición de administrador no altera en modo alguno las obligaciones de control fiscal, disciplinario y financiero que recaen sobre el FONDES. Adicionalmente, las entidades del Grupo Bicentenario que pueden ser designadas cuentan con marcos de supervisión, gobierno corporativo y estándares de control alterno alineados con las mejores prácticas vigentes.</p> <p>4.El carácter finalista de los recursos del FONDES hace improcedente la creación de un régimen de inversión distinto al actualmente previsto.</p> <p>Dado que los recursos deben destinarse exclusivamente a los usos autorizados por la ley, su administración no está concebida como un portafolio de inversión sujeto a políticas de diversificación. Introducir un régimen diferente podría incluso desnaturalizar el propósito del Fondo y generar incompatibilidades con su fundamento legal.</p> <p>En este sentido, el proyecto de decreto preserva de manera íntegra el marco operativo y normativo del FONDES, asegurando que los recursos continúen utilizándose con el rigor técnico, fiduciario y de gobierno corporativo que ha caracterizado su gestión. El ajuste propuesto se limita a fortalecer la transparencia y objetividad en la designación del administrador dentro del Grupo Bicentenario, sin introducir modificaciones a los usos, naturaleza o lineamientos sustantivos del Fondo.</p> |
| | | <p>Respetados señores:</p> <p>Agradecemos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP) la publicación del proyecto de decreto (PD) "Por el cual se modifican los artículos 2.19.1 y 2.19.7 del Decreto 1068 de 2015, en lo relacionado con el Fondo Nacional para el Desarrollo de la Infraestructura &#8211; FONDES". Desde Davivienda consideramos que el FONDES constituye un instrumento esencial para el financiamiento de proyectos de infraestructura, transición energética, reindustrialización y sectores estratégicos definidos en el Plan Nacional de Desarrollo 2022&#8211;2026. Su adecuada gobernanza y estabilidad operativa son fundamentales para garantizar cierres financieros eficientes y la movilización de capital privado hacia proyectos de alto impacto para el país.</p> <p>En este espíritu constructivo, presentamos las siguientes observaciones técnicas y jurídicas:</p> <p>Observaciones generales</p> <p>Claridad institucional y continuidad operativa</p> <p>Reconocemos el propósito del MHCP de fortalecer la gobernanza del FONDES mediante la designación de una entidad fiduciaria del Grupo Bicentenario y la asunción de la ordenación del gasto. Sin embargo, consideramos que la transición propuesta requiere reglas claras para evitar interrupciones en la toma de decisiones, retrasos en desembolsos, incertidumbre jurídica en contratos vigentes, y pérdida de capacidad técnica acumulada por la FDN.</p> <p>Así entonces, sugerimos que el PD incluya un artículo transitorio con lineamientos mínimos de empalme y continuidad operativa.</p> <p>Observaciones específicas al articulado</p> <p>Artículo 1 &#8211; Designación del administrador fiduciario</p> <p>El proyecto habilita al MHCP para designar directamente a "la o las" entidades fiduciarias pertenecientes al Grupo Bicentenario, con capacidad legal para actuar como fiduciarios.</p> <p>Las entidades del Grupo Bicentenario autorizadas para operar como fiduciarias incluyen a la Fiduprevisora, Fiduagraria y Fiduacolx. Sin embargo, estas entidades presentan modelos y capacidades operativas que difieren del estándar técnico con el que la FDN ha administrado el FONDES, particularmente en estructuración y financiamiento de infraestructura.</p> <p>Por lo anterior, de manera respetuosa sugerimos que el PD incorpore criterios mínimos de idoneidad para el futuro administrador, tales como: (i) Experiencia en administración de patrimonios autónomos públicos con fines de inversión, (ii) Competencia técnica en estructuración y evaluación de proyectos de infraestructura, y (iii) Capacidad operativa y de gestión de riesgos compatible con la magnitud del FONDES.</p> | <p>En atención a las observaciones presentadas, nos permitimos realizar las siguientes precisiones:</p> <p>1. Claridad institucional y continuidad operativa</p> <p>El proyecto de decreto mantiene plenamente la estabilidad jurídica y operativa del FONDES. En virtud del párrafo del artículo 144 de la Ley 1753 de 2015, modificado por el artículo 56 de la Ley 1955 de 2019, la terminación del contrato actual implica la entrega íntegra de los recursos (incluidos sus rendimientos financieros) a la entidad designada para suscribir un nuevo contrato de fiducia mercantil.</p> <p>Este procedimiento garantiza que no haya interrupciones en la operación, que las decisiones vigentes mantengan plena validez y que la transición sea ordenada y compatible con la continuidad de los proyectos estratégicos en ejecución. La recomendación de incorporar reglas explícitas de empalme será una cuestión que se definirá directamente por parte de los actuales intervinientes en el patrimonio autónomo con el fin de reforzar la seguridad jurídica y operativa del proceso.</p> |

| | | |
|---|--|---|
| <p>3</p> <p>2011/2225</p> <p>juan.lopezvergara@davienda.com</p> | <p>Asimismo, considerando que el fundamento del cambio es la evaluación del Gobierno sobre la gestión pasada de la FDN, sería útil para el mercado conocer los elementos objetivos que justifican la sustitución, lo cual permitiría entender mejor las expectativas para el nuevo administrador.</p> <p>Artículo 2 &#8211; Referencias normativas a la entidad administradora</p> <p>El PD establece que todas las referencias normativas a la FDN se entenderán realizadas a la nueva entidad administradora sin necesidad de ajustes normativos adicionales.</p> <p>Esta solución facilita la coherencia normativa, pero requiere una precisión adicional para evitar efectos no deseados en contratos de crédito y financiamiento donde la FDN actúa como vocera, convenios interadministrativos, documentos de participación, instrumentos de garantía y documentos operativos del FONDES.</p> <p>De este modo, se sugiere incluir una disposición que preserve la validez de todos los actos, decisiones y obligaciones adoptadas o contraídas por la FDN hasta la fecha de entrada en vigencia del nuevo contrato fiduciario, y asegure la continuidad jurídica y operativa de dichos actos bajo la administración del nuevo fiduciario.</p> <p>Artículo 3 &#8211; Ordenación del gasto en cabeza del MHCP</p> <p>El PD traslada la función de ordenador del gasto del FONDES al MHCP. La facultad de ordenador del gasto tradicionalmente ha sido ejercida por el administrador del patrimonio autónomo para asegurar agilidad operativa, continuidad técnica y mayor eficiencia en la ejecución de proyectos complejos.</p> <p>Trasladar dicha función al MHCP puede generar efectos no deseados como mayores tiempos administrativos, prevalencia de la lógica fiscal sobre una lógica técnica, riesgo de ralentización en aprobaciones de inversión, entre otros.</p> <p>Por lo anterior, de manera respetuosa solicitamos aclarar en el PD si el MHCP podrá delegar actos ordinarios de ejecución en el administrador fiduciario, si existirá un esquema mixto (ordenador del gasto / ejecutor técnico), y cuáles serán los mecanismos formales para garantizar la continuidad y oportunidad en la toma de decisiones.</p> <p>Artículo 4 &#8211; Alcance del cambio y participación de múltiples entidades</p> <p>En concordancia con la observación al artículo 1°, el texto del PD permite interpretar que podrían participar una o varias entidades fiduciarias en la administración del FONDES. Este manejo o administración concomitante podría generar riesgos operativos relevantes, a saber, dificultad en coordinación interinstitucional, duplicidad de funciones, fragmentación de la gobernanza, aumento de riesgo operacional y de mal uso de recursos, pérdida de trazabilidad sobre decisiones de inversión, entre otros.</p> <p>Para mitigar tales riesgos, sugerimos precisar que el FONDES tendrá un único administrador fiduciario con vocería y representación exclusiva del patrimonio autónomo, o, si el modelo será multi-fiduciario, se incluyan reglas claras sobre coordinación, segregación de funciones, gobernanza y flujos de aprobación.</p> <p>Comentario transversal: necesidad de un régimen de transición</p> <p>De las observaciones técnicas internas y del análisis jurídico se desprende una preocupación transversal: la continuidad operativa durante el cambio de administrador. Por ello, recomendamos incorporar un artículo transitorio que incluya como mínimo: (i) Plazos y condiciones para la entrega del Fondo por parte de la FDN, (ii) Mecanismos de transferencia de información, expedientes, modelos y valoraciones, (iii) Garantías para preservar la memoria técnica del Fondo, (iv) Mantenimiento de decisiones aprobadas y procesos en curso, y (v) Reglas de operación temporal mientras entra en vigor el nuevo contrato fiduciario.</p> <p>Conclusión</p> <p>Apreciamos el esfuerzo del MHCP por fortalecer la gobernanza del FONDES y alinearlos con las prioridades del Plan Nacional de Desarrollo. Las observaciones aquí presentadas buscan aportar constructivamente a la transición institucional propuesta, reforzando la seguridad jurídica, la eficiencia operativa, la continuidad técnica del Fondo, y la confianza del sistema financiero en la capacidad del Estado para administrar instrumentos de financiamiento estratégico.</p> <p>Reiteramos nuestra disposición para participar en espacios técnicos de discusión y aportar desde la experiencia del sector financiero y del Banco en la estructuración y financiamiento de proyectos de infraestructura y transición energética.</p> <p>Esperamos que estos comentarios sean de utilidad y quedamos atentos a cualquier aclaración que estimen conveniente.</p> <p>Cordialmente,</p> <p>BANCO DAVIENDA ✓</p> | <p>2. Criterios de idoneidad para la entidad administradora</p> <p>El proyecto de decreto establece que la administración del FONDES recaerá en entidades del Grupo Bicentenario que, conforme al artículo 1226 del Código de Comercio, se encuentren habilitadas normativamente para actuar como fiduciarias. Esta regla asegura rigor fiduciario, coherencia institucional y continuidad técnica dentro del conglomerado financiero público.</p> <p>Es importante reiterar que la FDN también es parte del Grupo Bicentenario y que el ajuste normativo no desconoce sus capacidades ni su trayectoria en materia de infraestructura; simplemente garantiza que el proceso de designación se realice conforme a las habilitaciones legales vigentes. Las consideraciones sobre criterios adicionales de idoneidad serán valoradas en el marco del proceso evaluativo que adelantará el Ministerio para la debida expedición de la Resolución que designe a la entidad administradora.</p> <p>3. Sustitución del administrador y continuidad jurídica</p> <p>El proyecto de decreto ya prevé que todas las referencias normativas hechas a la FDN se entenderán realizadas a la nueva entidad administradora, lo cual asegura coherencia regulatoria y continuidad en documentos contractuales, convenios interadministrativos, instrumentos de garantía y demás actos propios del Fondo. En ese sentido no es necesaria una precisión adicional.</p> <p>4. Ordenación del gasto en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público</p> <p>El traslado de la función de ordenador del gasto al Ministerio de Hacienda y Crédito Público no solo es coherente con la naturaleza jurídica del FONDES, sino que además materializa el principio según el cual el titular y dueño de los recursos (el MHCP) es quien debe decidir sobre su ejecución. Este cambio garantiza que el uso de los recursos del FONDES se mantenga plenamente alineado con las prioridades de infraestructura, reindustrialización, transición energética y desarrollo estratégico definidas por el Gobierno nacional. En términos de política fiscal, el Ministro de Hacienda asegura que los recursos se destinen exactamente a los fines autorizados en la ley. Este ajuste no excluye la actividad que le corresponde al administrador como vocero y representante del patrimonio autónomo y por lo tanto, actor principal en la ejecución técnica y los actos operativos.</p> <p>5. Alcance del modelo fiduciario y participación de múltiples entidades</p> <p>La redacción del proyecto, al referirse a "la o las" entidades, no busca establecer un modelo operativo fragmentado ni generar esquemas de administración simultánea que comprometan la gobernanza del Fondo. Su finalidad es preservar flexibilidad institucional para eventuales necesidades operativas, sin perjuicio de que la vocería, representación y administración del patrimonio autónomo recaigan en una única entidad del Grupo Bicentenario.</p> <p>6. Régimen de transición</p> <p>La inquietud planteada sobre la necesidad de un artículo transitorio no es necesaria. El marco normativo aplicable (tanto en materia comercial como en lo relativo al régimen de los negocios fiduciarios) establece de manera clara los lineamientos que deben observarse cuando se termina un contrato de fiducia y se realiza la entrega de los recursos que han sido administrados. Las normas comerciales que regulan la fiducia mercantil, así como las disposiciones legales especiales aplicables al FONDES, ya definen los procedimientos y obligaciones relativos a la devolución de los recursos y a la transferencia de la información, documentos, decisiones y procesos en curso al nuevo fiduciario. Adicionalmente, el nuevo contrato de fiducia incluirá los protocolos específicos de entrega y continuidad operativa. Por ello, no se requiere incorporar en el decreto una disposición transitoria adicional. Esto será objeto de decisión por parte de los actuales intervinientes en el patrimonio autónomo FONDES.</p> |
|---|--|---|

4

1. JUSTIFICACIÓN DE LA SOLICITUD PRIMERA

De acuerdo con la parte motiva del proyecto de decreto, entendemos que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público - MHCP, en calidad de fideicomitente, y la Financiera de Desarrollo Nacional, en calidad de entidad financiera, suscribieron el Contrato de Fiducia Mercantil No. 6001-2020 del 24 de diciembre de 2020.

Con base en la parte motiva del proyecto de decreto, también entendemos que, en virtud de la suscripción el Contrato de Fiducia Mercantil No. 6001-2020, se constituyó formalmente el patrimonio autónomo Fondes Nacional para el Desarrollo de la Infraestructura - FONDES.

Partiendo del anterior entendimiento, observamos que, una vez el FONDES se liquide, los activos que conformaban el patrimonio autónomo liquidado deben ser transferidos al Tesoro Nacional, es decir, deben ser incorporados al Presupuesto General de la Nación. Esto se debe a que, con la extinción del patrimonio autónomo FONDES, desaparece el vehículo jurídico que justifica que los recursos públicos que lo conformaban sigan siendo segregados del Presupuesto General de la Nación y administrados al margen de los principios presupuestales previstos en el Estatuto Orgánico del Presupuesto - EOP.

La anterior aseveración la hacemos con fundamento en el artículo 2.19.20 del Decreto 1068 de 2015 establece lo siguiente:

«Vigencia y liquidación del Fondes.

El Fondes tendrá una vigencia de treinta (30) años, la cual podrá ser modificada o prorrogada por decisión del Gobierno nacional, al término de los cuales se liquidarán las inversiones existentes. Previo descuento de los gastos necesarios para la liquidación del mismo, los aportes de la Nación, así como sus rendimientos, serán transferidos al Tesoro Nacional.

En caso de que al término de liquidación del Fondes persistan inversiones que no hayan sido liquidadas, estas serán transferidas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con lo que se haya dispuesto para el efecto en el Contrato» (énfasis añadido).

Es decir, dado que el FONDES es por esencia un patrimonio autónomo, con la terminación y liquidación de este patrimonio autónomo, no existirá ningún fundamento jurídico para que el MHCP administre los recursos públicos remanentes al margen del Presupuesto General de la Nación, a la espera de destinarlos para la conformación de un nuevo patrimonio autónomo.

Como lo indicó expresamente la Corte Constitucional en la Sentencia C-158 de 2021, a diferencia de los fondos-entidad y los fondos-cuenta, los patrimonios autónomos de gestión fiscal son una verdadera excepción al régimen general del presupuesto público, en la medida en que los patrimonios autónomos de gestión fiscal (que deben ser autorizados por la ley) no entran dentro del ámbito de aplicación del EOP, al no ser parte de la estructura del Estado (ni hacer parte del patrimonio de los organismos y entidades que conforman la estructura estatal) y, por ende, no ser una sección del presupuesto.

Incluso si la terminación y liquidación del Contrato de Fiducia Mercantil No. 6001-2020 estuvieran seguidas inmediatamente de la constitución de un nuevo patrimonio autónomo a través de la suscripción de un contrato de fiducia mercantil con otra entidad fiduciaria, la transferencia de los recursos remanentes del patrimonio autónomo FONDES a ese nuevo patrimonio autónomo implicará un incumplimiento del mandato expreso del artículo 2.19.20 del Decreto 1068 de 2015 (que no es objeto de modificación por parte del proyecto de decreto), el cual dispone que dichos remanentes deben ser transferidos al Tesoro Nacional.

Una vez se transfieran al Tesoro Nacional, esos recursos quedarán sometidos a las reglas generales del presupuesto público y, por lo tanto, al principio de unidad de caja o de no afectación de rentas. En virtud de este principio, por regla general, las rentas públicas no pueden tener una destinación específica, sino que deben ser distribuidas para cubrir uniformemente el presupuesto de gastos de la respectiva vigencia fiscal.

Vale la pena señalar que el artículo 2.19.20 del Decreto 1068 de 2015 no prevé un mandato aislado y desarticulado de las normas de superior jerarquía, sino que es desarrollo directo de las disposiciones del Capítulo 3 del Título XII de la Constitución Política y de las del Estatuto Orgánico del Presupuesto, según las cuales los recursos públicos deben sujetarse a las disposiciones del EOP, salvo que medie una excepción legal (como, por ejemplo, la existencia de un patrimonio autónomo constituido mediante autorización legal).

Además, también es necesario resaltar que, de acuerdo con el artículo 144 vigente de la Ley 1753 de 2015 y el artículo 2.19.16 del Decreto 1068 de 2015, la Cuenta Especial Fondes (que es distinta al patrimonio autónomo FONDES) solo está habilitada para albergar los recursos producto de enajenaciones de participaciones accionarias de la Nación. En todo caso, también es necesario poner de presente que, en virtud del artículo 30 del Decreto 111 de 1996 (EOP), los fondos-cuenta (como es la Cuenta Especial del Fondes) hacen parte del Presupuesto General de la Nación.

1. Sobre la afirmación según la cual la terminación del contrato de fiducia implica necesariamente la extinción del FONDES y la transferencia de los recursos al Tesoro Nacional

El entendimiento planteado parte de la premisa de que la terminación del Contrato de Fiducia Mercantil No. 6001-2020 conlleva necesariamente la extinción del FONDES como patrimonio autónomo y, en consecuencia, que los recursos deban ser incorporados inmediatamente al Presupuesto General de la Nación. Esta interpretación no es correcta por varias razones:

En primer lugar, la autorización legal contenida en el artículo 144 de la Ley 1753 de 2015 (modificado por el artículo 56 de la Ley 1955 de 2019) no creó un patrimonio autónomo de vigencia fija, sino que creó el FONDES como instrumento de inversión y financiación de proyectos de infraestructura, reindustrialización, transición energética y participación en empresas públicas. La ley autorizó al Gobierno nacional para suscribir el contrato de fiducia mercantil por medio del cual se constituyó el patrimonio autónomo y dotarlo de recursos, pero la existencia y continuidad del FONDES no dependen del contrato específico suscrito con un determinado fiduciario, sino de la habilitación legal vigente.

| | | |
|--|---|--|
| <p>26/11/2015</p> <p>interesa docuada dano69 9@gmail.com</p> | <p>Finalmente, se resalta que, en la legislación mercantil, el cambio de la entidad fiduciaria no implica la terminación del patrimonio autónomo, siempre y cuando se haga a través de la cesión de la posición contractual entre la entidad fiduciaria cedente y la entidad fiduciaria cesionaria. Esta circunstancia normativa es plenamente aplicable a los patrimonios autónomos de gestión fiscal y, por lo tanto, al patrimonio autónomo FONDES.</p> <p>Es decir, si bien la creación del FONDES fue autorizada por la ley, su constitución como patrimonio autónomo se dio únicamente en virtud de la suscripción del Contrato de Fiducia Mercantil No. 6001-2020. Esto se explica por los siguientes argumentos:</p> <p>1) De acuerdo con los artículos 1226 y 1233 del Código de Comercio, los patrimonios autónomos se constituyen en virtud de la celebración de un contrato de fiducia mercantil:</p> <p>«ARTÍCULO 1226. La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. [...]» (énfasis añadido).</p> <p>«ARTÍCULO 1233. Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitados deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo» (énfasis añadido).</p> <p>Como se observa, existe una relación inescindible entre un patrimonio autónomo y el contrato de fiducia mercantil que fue suscrito para constituirlo. Por lo tanto, la extinción del vínculo contractual implica necesariamente la extinción del patrimonio autónomo que fue constituido en virtud de la celebración de aquel.</p> <p>2) Si bien el artículo 100 de la Ley 1687 de 2013 utilizó la expresión «créase el patrimonio autónomo Fondo Nacional para el Desarrollo de la Infraestructura (Fondes)», en este caso el verbo rector empleado por el legislador no debe ser entendido en su sentido literal, sino en concordancia con el régimen mercantil que regula los patrimonios autónomos. Prescindir de la interpretación literal del verbo «crear» encuentra soporte en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, dado que en la Sentencia C-158 de 2021 se señala lo siguiente:</p> <p>«En conclusión, la Corte observa que los Fondos Cuenta, los Fondos especiales, los Fondos entidad y los patrimonios autónomos son figuras para el manejo de recursos destinados a un fin específico, cuya creación debe darse en virtud de la ley. Como se ha precisado hasta el momento, cada una de estas figuras tiene una naturaleza distinta, salvo los fondos especiales y los fondos-cuenta los cuales podrían eventualmente coincidir. La Sala precisa que la creación legal de un patrimonio autónomo excluye necesariamente su calificación como un Fondo cuenta o un Fondo especial. Cuando el legislador autoriza la creación de un patrimonio autónomo con recursos del Presupuesto General de la Nación y otras fuentes no está haciendo nada diferente a autorizar la ejecución presupuestal mediante un mecanismo especial que transfiere la propiedad de los bienes fideicomitados.</p> <p>[...]</p> <p>A continuación, se presenta un cuadro en el que se resumen las características principales de los conceptos jurídicos contrastados en este capítulo:</p> <p>Patrimonio autónomo. Surge del contrato de fiducia mercantil, propio del derecho privado. Supone la transferencia de dominio de los bienes fideicomitados, los cuales integran el patrimonio autónomo. Hay un mandato de confianza. Al ser un contrato por fuera de la autorización general de contratación, debe ser autorizado o creado por el Legislador. Lo administra una sociedad fiduciaria, para la consecución del fin para el que fue creado por la ley. Puede integrarse por distintos tipos de recursos públicos y privados» (énfasis añadido).</p> <p>Teniendo en cuenta lo anterior, ponemos de presente que, de acuerdo con el artículo 144 de la Ley 1753 de 2015, modificado por el artículo 56 de la Ley 1955 de 2019, «el objeto del FONDES será la inversión y financiamiento de proyectos de infraestructura, así como la inversión en el capital social de empresas de servicios públicos mixtas u oficiales».</p> <p>Igualmente, como ya lo señalamos, resaltamos el artículo 2.19.20 del Decreto 1068 de 2015 establece que al finalizar la vigencia del patrimonio autónomo FONDES, «se liquidarán las inversiones existentes [del FONDES]».</p> <p>En ese orden de ideas, observamos que, si el Contrato de Fiducia Mercantil No. 6001-2020 se termina y liquida, también se extinguirá y deberá liquidar el patrimonio autónomo FONDES, lo que pondría en riesgo la continuidad de las inversiones que el FONDES haya podido hacer desde su constitución, en proyectos de infraestructura y en el capital social de empresas de servicios públicos mixtas u oficiales, tal y como lo señala el artículo 144 vigente de la Ley 1753 de 2015.</p> <p>JUSTIFICACIÓN DE LA SOLICITUD SEGUNDA</p> <p>Observamos que el artículo 2.19.7 del Decreto 1068 de 2015 les atribuyó al Consejo de Administración o a otros órganos de gobierno del FONDES, la función de tomar decisiones particulares de inversión con los recursos del FONDES, según lo definido por los artículos 2.19.8 y 2.19.9 del Decreto 1068 de 2015.</p> | <p>En segundo lugar, el artículo 2.19.20 del Decreto 1068 de 2015 prevé la vigencia y destino de los recursos únicamente en el evento de que culmine la vigencia legal del FONDES. Esa norma opera al final del horizonte temporal del Fondo (30 años prorrogables), no frente a ajustes en el administrador fiduciario.</p> <p>El proyecto de decreto no toca, modifica ni activa ese supuesto jurídico. Sostener que la sustitución del administrador (acto permitido por la ley y por la naturaleza del contrato fiduciario) activa de manera automática la regla de transferencia al Tesoro Nacional implicaría desconocer que el artículo 2.19.20 regula la terminación del Fondo como instrumento de política pública, no la modificación de su administrador. Tal como dispone el Decreto 1068 de 2015, la administración por parte del Tesoro Nacional se autorizó exclusivamente para el periodo de tiempo en el que el MHCP constituía el patrimonio autónomo FONDES.</p> <p>En tercer lugar, el régimen mercantil permite el reemplazo del fiduciario sin extinguir el patrimonio autónomo, mediante la cesión de posición contractual o la celebración sucesiva de contratos que preservan la afectación patrimonial. La Corte Constitucional ha reiterado que la creación legal del patrimonio autónomo no lo petrifica a un contrato específico, sino que habilita al Estado para estructurarlo conforme a su necesidad, respetando siempre la finalidad legal. El cambio de fiduciario no extingue el patrimonio, no obliga a retornar recursos al Tesoro y no activa el principio presupuestal de unidad de caja.</p> <p>En cuarto lugar, afirmar que el FONDES “desaparece” por la modificación del contrato o del fiduciario desconocería el precedente de los patrimonios autónomos de gestión fiscal utilizados por la Nación en diversos sectores, cuya continuidad ha sido garantizada precisamente mediante sustitución del fiduciario, sin reintegración de recursos al Presupuesto General de la Nación.</p> <p>En consecuencia, no existe fundamento jurídico para sostener que la sustitución del administrador fiduciario implique la extinción del FONDES o la obligación de reincorporar los recursos al Tesoro Nacional. El proyecto de decreto respeta plenamente la ley, preserva la continuidad del Fondo y mantiene la afectación específica de sus recursos conforme al mandato legislativo.</p> <p>2. Sobre la supuesta pérdida de eficacia del artículo 3 del proyecto de decreto por persistencia de funciones decisorias en los órganos del FONDES</p> <p>El comentario plantea que, aun si el proyecto de decreto designa al Ministro de Hacienda y Crédito Público como ordenador del gasto, podrían subsistir funciones decisorias del Consejo de Administración u otros órganos del FONDES, generando conflictos competenciales. Esta interpretación tampoco es correcta.</p> <p>El artículo 3 del proyecto de decreto modifica expresamente el régimen vigente y asigna la ordenación del gasto (entendida como la disposición de los recursos del FONDES) al Ministro de Hacienda y Crédito Público, quien es el titular y dueño de los recursos públicos aportados al Fondo.</p> <p>Al reasignarse la ordenación del gasto al MHCP de forma expresa, las disposiciones reglamentarias o contractuales previas que asignaban dicha facultad al administrador fiduciario o a órganos internos quedan automáticamente desplazadas por el nuevo mandato normativo.</p> <p>En efecto, la existencia del Consejo de Administración como órgano encargado de las evaluaciones técnicas, financieras y de priorización no interfiere con la competencia exclusiva del ordenador del gasto para autorizar la disposición de los recursos del FONDES. La nueva regulación no elimina las instancias ya creadas, pero sí delimita con claridad la distribución de funciones: el Consejo de Administración continúa ejerciendo sus atribuciones en materia de análisis, recomendación y valoración de las iniciativas susceptibles de financiación, mientras que la decisión final y jurídicamente vinculante sobre la ejecución y uso de los recursos corresponde al Ministro de Hacienda y Crédito Público, en su calidad de ordenador del gasto.</p> <p>Adicionalmente, el nuevo contrato de fiducia que suscriba el MHCP ajustará de manera expresa las funciones del administrador y de los órganos internos del FONDES para armonizarlas con el mandato legal actualizado. En consecuencia, no existe riesgo de contradicción normativa.</p> <p>El propósito del proyecto de decreto es precisamente garantizar que el uso de los recursos del FONDES esté alineado con las prioridades de infraestructura, reindustrialización y transición energética definidas por el Gobierno nacional, y quién mejor para garantizar dicha alineación que el propio Ministro de Hacienda, titular del recurso y responsable por su manejo fiscal y presupuestal.</p> |
|--|---|--|

El artículo 2.19.7 del Decreto 1068 de 2015 establece lo siguiente:

“Administrador del Fondes. La FDN será la entidad encargada de ejercer la administración, vocería y representación del Fondes, incluyendo las decisiones particulares de inversión de sus recursos que no le correspondan al Consejo de Administración o a otro órgano de gobierno del Fondes, en las condiciones establecidas en el Contrato y en el Reglamento. Las obligaciones de la FDN bajo el Contrato serán de medio y no de resultado.

La FDN llevará además la personería del patrimonio autónomo Fondes en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del Contrato, todo lo cual se realizará con los recursos del Fondes, conforme lo establecido en el Contrato y/o el Reglamento. En su calidad de vocero y administrador, la FDN actuará como el ordenador del gasto del Fondes, a través del Gerente del Fondes o de sus representantes legales” (énfasis añadido).

Si bien no conocemos el contenido del Contrato del Fondes (que entendemos que es el mismo Contrato de Fiducia Mercantil No. 6001-2020) ni del Reglamento del Fondes, prevemos que lo establecido en artículo 2.19.7 citado podría restarle eficacia normativa y práctica al artículo 3 del proyecto de decreto, ya que este establece lo siguiente:

«A partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, el Ministro de Hacienda y Crédito Público actuará como el ordenador del gasto del FONDES, que debe entenderse como la disposición de los recursos del Fondo Nacional para el Desarrollo de la Infraestructura - FONDES» (énfasis añadido).

Nuestra observación se fundamenta en el hecho de que, con la mera expedición del proyecto de decreto, el Contrato del Fondes ni el Reglamento del Fondes serán modificados con el fin de garantizar su alineación con las políticas de eficiencia en la administración de recursos públicos y con las prioridades del Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 «Colombia Potencia Mundial de la Vida».

Por lo tanto, consideramos que, si el proyecto de decreto se limita a cambiar al ordenador del gasto del FONDES, sustituyendo a la FDN por el MHCP, las funciones decisorias del Consejo de Administración o de otros órganos del FONDES podrían seguir vigentes.

Consideramos que de no atenderse los comentarios expuestos, se genera un alto riesgo de ambigüedades sobre la distribución de competencias entre los órganos de dirección y administración del FONDES, las cuales pueden afectar gravemente la operatividad del patrimonio autónomo.

ROSA DORY CHAPARRO ESPINOSA
Jefe Oficina Asesora Jurídica MHCP