



Entidad originadora:	Agencia Nacional de Infraestructura
Fecha (dd/mm/aa):	05/11/2023
Proyecto de Decreto/Resolución:	"Por el cual se modifica el artículo 5° del Decreto 4165 de 2011 y se dictan otras disposiciones"

1. ANTECEDENTES Y RAZONES DE OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA QUE JUSTIFICAN SU EXPEDICIÓN

Con la expedición del Decreto 4165 de 2011 "Por el cual se cambia la naturaleza jurídica, cambia de denominación y se fijan otras disposiciones del Instituto Nacional de Concesiones (INCO)", se modificó la denominación y naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones por la de Agencia Nacional de Infraestructura, Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Ministerio de Transporte.

Este Decreto 4165 de 2011, en su numeral 8 del artículo 5° dispuso que los recursos y el patrimonio de la Agencia Nacional de Infraestructura, están constituidos, entre otros, por el valor de los peajes, las contraprestaciones por el uso, gestión o explotación de la infraestructura de transporte, las tasas, derechos y multas que imponga y recaude, además de los ingresos que se generen por el desarrollo de los contratos que la Agencia ejecute; con excepción de la contraprestación por el uso o explotación de áreas y la infraestructura portuaria de que trata la Ley 1° de 1991 que seguirán siendo recursos del Instituto Nacional de Vías (INVIAS) y de las respectivas entidades territoriales, así como de las contraprestaciones por el uso o explotación de las áreas de los aeródromos que seguirán siendo recursos de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil (Aerocivil).

En lo que respecta a la destinación de las contraprestaciones pactadas en los contratos de concesión y/o APP, el artículo 151 de la Ley 2010 de 2019, estableció que aquellos contratos suscritos o que se suscriban y que tengan por objeto la construcción, mejoramiento o rehabilitación y/o la operación de uno o varios aeropuertos de propiedad de entidades del orden nacional, en los que se establezca una contraprestación a favor del concedente, el veinte por ciento (20%) del total de la contraprestación se trasladará a los municipios y/o distritos en los que se encuentren ubicados los correspondientes aeropuertos objeto de la concesión y para el ochenta por ciento (80%) restante de la contraprestación, se descontará la contraprestación establecida en el artículo 308 la Ley 1955 de 2019, para gastos de funcionamiento de la Unidad Especial de Aeronáutica Civil y la Agencia Nacional de Infraestructura, o las entidades que haga sus veces.

En este sentido, el artículo 287 de la Ley 2294 de 2023 modificó el artículo 308 de la Ley 1955 de 2019 en donde se definió que las contraprestaciones derivadas del uso de la infraestructura de transporte concesionada de todos los modos serán destinadas a tres fines: (i) actividades necesarias para la promoción y/o reactivación de estos modos de transporte en actividades de estructuración, construcción, rehabilitación, mantenimiento y operación, (ii) la contraprestación por la utilización de la infraestructura férrea y fluvial se destinará máximo el 15% al funcionamiento de la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- así como (iii) la contraprestación de las concesiones del modo aeroportuario y portuario, máximo el 5% se destinarán también al funcionamiento de la ANI.

Conforme al marco jurídico vigente, se advierte que la regulación actual del patrimonio y los recursos que pertenecen a la Agencia Nacional de Infraestructura excluye las contraprestaciones por el uso o explotación de áreas y la infraestructura portuaria de que trata la Ley 1° de 1991 y aquellas derivadas por el uso o explotación de las áreas de los aeródromos. No obstante, con la expedición de los artículos 151 de la Ley 2010 de 2019, 308 de la Ley 1955 de 2019 y 287 de la Ley 2294 de 2023, se destinan unos porcentajes de



las contraprestaciones derivadas del uso de la infraestructura de transporte concesionada de todos los modos para los gastos de funcionamiento de la Agencia Nacional de Infraestructura.

Por lo anterior, es procedente modificar el numeral 8 del artículo 5 del Decreto 4165 de 2011 para eliminar la exclusiones de tales contraprestaciones con la finalidad de que la reglamentación se adecue a las disposiciones legales que asignan porcentajes para el funcionamiento de la Entidad, ello, en aplicación del principio de jerarquía normativa piramidal según el cual el reglamento como expresión de la potestad reglamentaria del Ejecutivo, es un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley, por lo que, la sumisión jerárquica del reglamento a la ley en la escala normativa es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda el reglamento suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos¹.

Ahora bien, como quiera que la Agencia Nacional de Infraestructura actualmente en su presupuesto de funcionamiento necesita alrededor de \$153.936 millones para el año 2024, se requiere cubrir un gran porcentaje de este presupuesto con las destinaciones que el marco legal de las contraprestaciones derivadas del uso de la infraestructura de transporte concesionada de todos los modos hoy le asigna, con el propósito de disminuir el porcentaje que los recursos de la Nación deben financiar para el funcionamiento de esta Entidad.

Así las cosas, para atender la actual necesidad de recursos que requiere la de la Agencia Nacional de Infraestructura para su funcionamiento, es oportuno reglamentar la destinación del cinco por ciento (5%) de las contraprestaciones por concepto de las concesiones existentes y futuras de los modos aéreo y portuario, así como, por la utilización de la infraestructura férrea y fluvial, existentes y en etapa de estructuración futura por el quince por ciento (15%) para cubrir los gastos de funcionamiento de la Entidad que administra los contratos de concesión de infraestructura de transporte; para lo cual, dichos recursos se incorporarán en el presupuesto de la Agencia como recursos propios.

En ese sentido, resulta oportuno modificar el numeral 8 del artículo 5 del Decreto 4165 de 2011 para que se ajuste a las disposiciones legales señaladas previamente y reglamentar tales destinaciones para cubrir los gastos de funcionamiento de la ANI.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y SUJETOS A QUIENES VA DIRIGIDO

Las disposiciones reguladas tienen aplicación directa a la Agencia Nacional de Infraestructura.

3. VIABILIDAD JURÍDICA

3.1. Análisis de las normas que otorgan la competencia para la expedición del proyecto normativo

El numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política establece que corresponde al Presidente de la República *“ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes*

¹ Consejo de Estado, Radicación No. 2013-000193-00, 18 de junio de 2014, Consejero Ponente: AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA.



*necesarios para la cumplida ejecución de las leyes” o precisar circunstancias o pormenores no contenidos en ella*².

Dos son los elementos fundamentales de la potestad reglamentaria, de acuerdo con la jurisprudencia Constitucional³, a saber:

1. Necesidad: consiste en que el ejercicio de la potestad reglamentaria se justifica en la medida en que la ley haya dejado espacios de regulación que necesitan ser llenados para la ejecución de esta mediante la expedición de actos jurídicos de contenido normativo, pues el legislador puede, en virtud del principio de libertad de configuración legislativa, determinar libremente hasta dónde regula la materia respectiva⁴;
2. Finalidad: tiene que ver con el contenido material de los actos que se dicten en ejercicio de la potestad reglamentaria, pues los decretos y resoluciones expedidos por el Gobierno nacional en ejercicio de dicha potestad están subordinados a la ley, de manera que el reglamento no puede modificarla, ampliarla o restringir sus efectos. Este último elemento, se encuentra asociado por demás al respeto del principio de supremacía normativa pues, el ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía que emana de la propia Constitución.⁵

En efecto, el desarrollo de la potestad reglamentaria exige que la ley haya configurado una materialidad legislativa básica, ya que busca convertir en realidad un enunciado normativo abstracto. Los límites de esta facultad han sido desarrollados por la jurisprudencia de las Altas Cortes, en especial por la Corte Constitucional, quien a modo de subreglas⁶ ha establecido ciertos límites a la misma:

1. La potestad reglamentaria se ve restringida en la medida en que el Congreso de la República utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos. Tanto así, que se ha manifestado que la misma es inversamente proporcional a la extensión de la ley.
2. El Presidente no podrá establecer por vía de decreto reglamentario una excepción, aun cuando la misma fuera supuestamente temporal, sin que previa y expresamente el legislador lo hubiere autorizado para ello y fijado un límite temporal específico;
3. Cualquier determinación sobre la vigencia de las leyes sólo puede ser definida por el propio legislador;
4. El ejercicio de la función reglamentaria no debe sobrepasar ni invadir la competencia del Legislativo, en el sentido de que el reglamento no puede desfigurar la situación regulada por la ley ni hacerla nugatoria;
5. La potestad reglamentaria no puede incluir requisitos adicionales a los previstos en la ley y,

² Consejo de Estado, Sala de Consulta Civil. Concepto del 9 de julio de 1996, rad. 854.

³ Sentencia C 810 de 2014, Corte Constitucional.

⁴ Al respecto, el Congreso puede dictar normas minuciosamente detalladas, en cuyo caso no será necesaria la expedición de decretos reglamentarios; o puede limitarse a dictar una ley de contenidos generales y dejar al Gobierno nacional la potestad de completar todos los aspectos que sean necesarios para su correcta ejecución. Por su parte, no puede el presidente saturar el ordenamiento, reglamentando lo que ya ha sido objeto de reglamentación por el legislador, pues si se repite con exactitud el contenido de las normas reglamentadas se violaría el principio conocido como “prohibición de tautología legal”. Ver Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Cuarta; Consejero ponente: Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez; Bogotá D. C., once (11) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 11001-03-27-000-2011-00023-00(18973).

⁵ De acuerdo con la Sentencia C 037 de 2000, si bien la Constitución Política no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea. En efecto, diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. Además de ser evidente que las normas constitucionales ocupan, sin discusión, el primer lugar dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico, dentro de la propia Carta, no todas las normas son igualmente prevalentes.

⁶ Ver entre otras, las Sentencias C 162 de 2008; C823 de 2011; C 810 de 2014; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón; Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil diez (2010); Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00125-00(5242-05). Acción de Nulidad en contra del Decreto 306 de 2004; Sala de lo Contenciosos Administrativo – Acción Pública de Nulidad en contra del Decreto 3512 de 2003 (parcial), Exp. 11001-03-26-000-2004-00044-00(28615) del 29 de abril de 2015.



6. No le es posible al Gobierno desconocer la Constitución ni el contenido o las pautas trazadas en la ley ni reglamentar normas que no ejecuta la administración.

Cuando la potestad reglamentaria mencionada anteriormente requiere regulación específica para pormenorizar su alcance y contenido, compete a las Entidades subordinadas ejercer la facultad regulatoria que les ha sido otorgada en calidad de autoridades administrativas. La jurisprudencia constitucional ha reconocido a los organismos y a las autoridades que *“en la jerarquía administrativa lo suceden al Presidente de la República, una cierta competencia regulativa, de carácter residual, accesorio o auxiliar, que los habilita para insertar la voluntad del legislador en las últimas posibilidades de aplicación de la norma general”*⁷.

Como lo ha señalado la Corte Constitucional, resulta preciso tener presente que mientras al Presidente le corresponde expedir criterios para la debida observancia de la voluntad legislativa, los órganos subordinados deben, por su parte, emitir la regulación *“necesaria para pormenorizar el proceso de implantación de esa voluntad. Es esta una función de afinamiento que procede desde los trazos más amplios fijados por el legislador hasta los detalles prácticos más concretos establecidos por el ejecutor de la medida”*⁸.

Adicionalmente, en la **Sentencia C-073 de 2018** la Corte Constitucional recalcó que si bien *“el Presidente de la República no puede exceder lo dispuesto por el legislador cuando reglamenta el contenido de una ley, sí tiene la potestad de establecer los aspectos técnicos y operativos necesarios para implementar la ley en la práctica.”*

En efecto, en **Sentencia C-1005 de 2008** la Corte Constitucional señaló que *“la justificación de esta asignación de regulación gradual consiste en que precisamente son los organismos administrativos los depositarios de información relacionada de manera directa e inmediata con el funcionamiento práctico de las herramientas de creación legislativa”*, ello trae como consecuencia que sean estos organismos quienes deban ser los encargados de aquello que la Corte ha denominado como *“microregulación de la ley”*. Así mismo, en la **Sentencia C-917 de 2002** señaló que *“la imposibilidad de previsión total por parte del órgano legislativo es - para muchos- suficiente sustento de la necesidad de que sea una entidad técnica la que produzca el reglamento correspondiente”*.

En este sentido, atendiendo a las facultades reglamentarias del Presidente y en aplicación de la facultad regulatoria que en el marco de sus competencias tienen los organismos administrativos o especializados que integran el Gobierno nacional, es necesario ejercer la misma para adecuar el reglamento vigente a las disposiciones legales expedidas con posterioridad y regular la destinación de las contraprestaciones derivadas del uso de la infraestructura de transporte concesionada de todos los modos para los gastos de funcionamiento de la Agencia Nacional de Infraestructura; para tal fin, los artículos 151 de la Ley 2010 de 2019, 308 de la Ley 1955 de 2019 y 287 de la Ley 2294 de 2023 contemplan la destinación legal de las contraprestaciones de los contratos de concesión de infraestructura de transporte para el funcionamiento de la ANI.

3.2. Vigencia de la ley o norma reglamentada o desarrollada

El numeral 8 del artículo 5 del Decreto 4165 de 2011 *“Por el cual se cambia la naturaleza jurídica, cambia de denominación y se fijan otras disposiciones del Instituto Nacional de Concesiones (INCO)”* objeto de modificación del presente Decreto, está vigente desde el 3 de noviembre del año 2011.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C 1005 de 2008

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C- 917 de 2002



El artículo 287 de la Ley 2294 de 2023 “*Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2022- 2026 “Colombia potencia mundial de la vida”*” objeto de reglamentación del presente Decreto, está vigente desde el 10 de mayo del año 2023.

3.3. Disposiciones derogadas, subrogadas, modificadas, adicionadas o sustituidas

Se pretende la modificación del numeral 8 del artículo 5 del Decreto 4165 de 2011 y reglamentación del artículo 287 de la Ley 2294 de 2023, los cuales se encuentran vigentes.

3.4 Revisión y análisis de la jurisprudencia que tenga impacto o sea relevante para la expedición del proyecto normativo (órganos de cierre de cada jurisdicción)

No existe referencias al respecto

4. IMPACTO ECONÓMICO

El proyecto de Decreto no tiene impacto en el Presupuesto General de la Nación (PGN), no genera impacto fiscal y la expedición del mismo no implica impacto ambiental ni ecológico, genera exclusivamente impacto sobre el patrimonio y recursos de la Agencia Nacional de Infraestructura.

5. VIABILIDAD O DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL

La expedición del Decreto no implica impacto presupuestal directo o indirecto.

6. IMPACTO MEDIOAMBIENTAL O SOBRE EL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN

El Decreto no genera impacto medioambiental o sobre el patrimonio cultural de la Nación.

7. ESTUDIOS TÉCNICOS QUE SUSTENTEN EL PROYECTO NORMATIVO

No existen estudios técnicos que sustenten el presente proyecto de Decreto.

ANEXOS:

Certificación de cumplimiento de requisitos de consulta, publicidad y de incorporación en la agenda regulatoria
(Firmada por el servidor público competente –entidad originadora)

X

Concepto(s) de Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
(Cuando se trate de un proyecto de reglamento técnico o de procedimientos de evaluación de conformidad)

Informe de observaciones y respuestas
(Análisis del informe con la evaluación de las observaciones de los ciudadanos y grupos de interés sobre el proyecto normativo)

X

Concepto de Abogacía de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio



<i>(Cuando los proyectos normativos tengan incidencia en la libre competencia de los mercados)</i>	
Concepto de aprobación nuevos trámites del Departamento Administrativo de la Función Pública <i>(Cuando el proyecto normativo adopte o modifique un trámite)</i>	
Otro <i>(Cualquier otro aspecto que la entidad originadora de la norma considere relevante o de importancia)</i>	

Aprobó:

FLAVIO MAURICIO MARIÑO MOLINA

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Ministerio de Transporte