

Bogotá, D.C. , junio 4 de 2020

Honorable consejero:
Guillermo Sánchez Luque
Sección Tercera
Consejo de Estado

Referencia: Concepto sobre la Circular Externa 002 de 2020 expedida por el INVIAS.

Honorable consejero Sánchez:

Honrados por la amable invitación de su Despacho, rendimos concepto sobre el asunto de la referencia en los siguientes términos:

A nuestro juicio, la Circular Externa 002 de 2020 puede ser objeto de control inmediato de legalidad (I) lo cual permitirá determinar que se ajusta a derecho (II)

I) La Circular cumple los requisitos de procedencia para ser objeto de control inmediato de legalidad:

i) La Circular es un acto de contenido general:

De acuerdo con la nueva línea jurisprudencial del Consejo de Estado, la Circular Externa 002 de 2020, dirigida a todos los contratistas del INVIAS - sin distinción - es expresión de la función de la administración y, por lo tanto, puede ser objeto de control.

ii) La Circular fue dictada en ejercicio de la función administrativa:

La Circular Externa 002 de 2020 fue expedida por un establecimiento público del orden nacional en el marco del objeto a su cargo: la ejecución de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de la infraestructura no concesionada de la Red Vial Nacional de carreteras primaria y terciaria, férrea, fluvial y de la infraestructura marítima.

iii) La Circular tiene como fin desarrollar uno o más de los decretos legislativos expedidos por el gobierno nacional durante el estado de excepción:

La Circular Externa 002 de 2020 desarrolla el parágrafo 6 del artículo 3o del Decreto 531 de 2020 bajo las siguientes consideraciones: el Decreto 531 ordenó ampliar el aislamiento preventivo obligatorio y definió las actividades en las que se permitiría la libre circulación. Dentro de estas

actividades se encuentran las de: dragado marítimo y fluvial; ejecución de obras de infraestructura de transporte y obra pública, incluyendo las de la cadena de suministro de materiales e insumos relacionadas con su ejecución; revisión y atención de emergencias y afectaciones vial; obras de infraestructura que no pueden suspenderse; intervención de obras civiles y de construcción que presenten riesgos de estabilidad técnica, amenaza de colapso o requieran acciones de reforzamiento estructural. Para el desarrollo de estas actividades, el parágrafo 6º del artículo 3o establece una obligación en cabeza de las personas a su cargo: la de cumplir con los protocolos de bioseguridad que establezca el Ministerio de Salud, así como con las instrucciones que las entidades estatales adopten o expidan. Por lo tanto, el INVIAS expide esta circular con el propósito de informar de que manera se verificará el cumplimiento de esta obligación para, así, proceder a autorizar el reinicio de la ejecución de estas actividades y evitar la propagación del COVID -19.

Precisados los aspectos por los cuales consideramos que el control inmediato de legalidad es procedente, pasamos entonces a explicar porque consideramos que la Circular Externa 002 de 2020 es legal.

II) La Circular cumple los requisitos de fondo para ser declarada ajustada a derecho:

A nuestro juicio, la Circular Externa No. 002 de 2020 cumple con los criterios de conexidad y proporcionalidad por las siguientes razones:

- i) Conexidad: La Circular Externa 002 de 2020 guarda una *relación directa y específica* con el parágrafo 6º del Artículo 3º del Decreto 531 de 2020. En efecto, las actividades que se ejecutan a través de los contratos suscritos por el INVIAS, están incluidas dentro de las autorizadas por el Artículo 3º, por lo anterior, procede entonces que el INVIAS, a través de esta Circular, le explique a sus contratistas el paso a paso a seguir para verificar el cumplimiento de la obligación establecida por dicha norma para permitir la reactivación de las actividades que habían sido suspendidas en su totalidad o parcialmente en virtud del ejercicio de la facultad conferida en el artículo 26 del Decreto Ley 482 de 2020.

En esa medida, los lineamientos establecidos por el INVIAS en la Circular Externa 002 de 2020 determinan las reglas de interacción entre el INVIAS – LA INTERVENTORÍA/SUPERVISOR y EL CONTRATISTA junto con cada uno de los aspectos que se van a verificar, con el fin de determinar si se ha dado cumplimiento a la obligación establecida por el Decreto 531 de 2020, como condición previa a permitir la reactivación gradual de las actividades, ejecutando el mandato expreso del parágrafo 6º antes mencionado.

- ii) Proporcionalidad: La Circular Externa 002 de 2020 es *adecuada al fin que persigue* que es el de informar de qué manera se verificará el cumplimiento de la obligación establecida en el parágrafo 6º del artículo 3º del Decreto 531 de 2020, en los contratos suscritos por INVIAS a través de los cuales se ejecutan actividades que, de manera

excepcional, tienen permiso de circulación durante el periodo de aislamiento preventivo obligatorio, obligación que está encaminada a proteger la salud de las personas vinculadas, directa o indirectamente, a su ejecución.

Se cumple con esta finalidad, al indicar las gestiones que deberán adelantarse para determinar la adopción del Protocolo de Bioseguridad del 23 de marzo de 2020 y la Circular Conjunta No. 0000003 del 8 de abril de 2020 aplicables al Sector de Infraestructura; al señalar en detalle los aspectos que deberán demostrar para reactivar las actividades, los cuales se limitan a verificar la aplicación del Protocolo de Bioseguridad y la Circular Conjunta antes mencionados, que están encaminados a lograr la reactivación de las actividades autorizadas de manera segura para evitar el contagio.

La Circular Externa 002 de 2020 es el instrumento idóneo para informar a todos los involucrados sobre las reglas bajo las cuales se deben retomar las actividades y explicar como se determinará, en cada caso, que se cumplen las condiciones de reactivación, así como los mecanismos de seguimiento que permitirán determinar que estas condiciones se sigan cumpliendo durante todo el tiempo que se esté haciendo frente a la pandemia. En efecto, la adopción del Protocolo de Bioseguridad es un mandato legal que no está condicionada a la aceptación previa de las partes del contrato porque es una medida encaminada a proteger la salud de las personas en los casos de actividades autorizadas que deben reactivarse durante la pandemia. El INVIAS, al igual que el contratista, es el destinatario de una disposición de orden público que debe implementarse de manera inmediata, en consecuencia, el contratista está obligado a adoptar las medidas requeridas para cumplir con el Protocolo de Bioseguridad y la Circular Conjunta 008 y el INVIAS está obligado a dar las instrucciones para verificar que el contratista las ha adoptado. Lo anterior, como lo prevé la Circular, quedará consignado en el “Plan de reactivación de obra o actividades” que se establezca por las partes para cada contrato y hará parte de este una vez se cumplan los requisitos para su autorización.

En todo caso, dado que este control inmediato de legalidad no limita la posibilidad que tienen los contratistas de acudir a los mecanismos de ajuste previstos en el contrato o de someter sus controversias al juez natural, consideramos que sigue abierta la posibilidad para que ellos puedan, a través de estos, solicitarle al INVIAS el reconocimiento de los mayores costos que el cumplimiento de esta nueva obligación pudiera llegar a generar sobre la ejecución del contrato, en los casos en que a ello hubiera lugar.

Cordialmente,

JOSÉ ALBERTO GAITÁN MARTÍNEZ
Decano Facultad de Jurisprudencia

VIGILADA  MINEDUCACIÓN

FATIANA OÑATE ACOSTA
Profesora Principal Carrera Académica

Sede Principal: Calle 12c N° 6 – 25 Bogotá, Colombia
InfoRosario: (571) 4225321 – 018000511888
www.urosario.edu.co