



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA ESPECIAL DE DECISIÓN n°. 26

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-15-000-2020-01715-00

Autoridad: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS-INVÍAS

Referencia: CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-El Consejo de Estado conoce de los actos de las autoridades nacionales proferidos en desarrollo de decretos legislativos. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Procede frente a un acto de una autoridad administrativa que desarrolla un decreto legislativo. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Comprende el estudio de forma, materia, conexidad y proporcionalidad. ESTADO DE EXCEPCIÓN-Como hace parte del régimen de legalidad, la Administración está sujeta al ordenamiento durante su vigencia. DISCRECIONALIDAD JUDICIAL-No puede sustituir a la discrecionalidad administrativa porque viola la separación de poderes. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-El fallo hace tránsito a cosa juzgada relativa. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD- Examen material comprende conexidad y proporcionalidad de las medidas CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD- Examen formal comprende competencia y formalidades. DERECHO PRIVADO Y CONTRATACIÓN PÚBLICA-La regla general es la aplicación de las normas comerciales y civiles. RENEGOCIACIÓN DEL CONTRATO-La buena fe contractual obliga a las partes a intentar la renegociación de las condiciones del contrato por circunstancias imprevistas, imprevisibles y externas que dificulten su ejecución. AUTONOMÍA PRIVADA-Permite al acreedor aplazar el cumplimiento de las obligaciones de su deudor y exigir su cumplimiento. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Cosa juzgada relativa. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD DE MEDIDAS DE EXCEPCIÓN POR EL COVID 19-No puede invadir el ámbito del juez del contrato. SUSPENSIÓN Y REANUDACIÓN DE CONTRATOS-No es una potestad excepcional. EFECTOS PATRIMONIALES DE LA SUSPENSIÓN Y REANUDACIÓN DE CONTRATOS-Corresponde al juez del contrato, en cada caso, analizar los efectos económicos de esa decisión o el incumplimiento del contrato.

La Sala decide el control inmediato de legalidad de la Circular n°. 002 del 13 de abril de 2020, expedida por el Instituto Nacional de Vías-Invías, de conformidad con el artículo 185.6 del CPACA y lo dispuesto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sesión n°. 10 del 1 de abril de 2020.

SÍNTESIS DEL CASO

La Circular n°. 002 del 13 de abril de 2020 del Invías -en el marco de la emergencia sanitaria producida por el COVID-19 y del estado de excepción declarado por el Decreto 417 de 2020- ordenó la reactivación de los contratos de obra, interventoría y consultoría con suspensión de actividades y exigió el diseño de los protocolos de bioseguridad que se debían cumplir para ese fin. La entidad remitió a esta Corporación el acto para el control inmediato de legalidad.

ANTECEDENTES



El 5 de mayo de 2020, el Invías **remitió** al Consejo de Estado la Circular n°. 002 para el control inmediato de legalidad. La Secretaría General de la Corporación radicó el asunto y lo **pasó a Despacho** para su trámite. El 11 de mayo de 2020, el Consejero ponente **avocó** el conocimiento para decidir la legalidad del acto, dispuso la publicación del aviso para intervención ciudadana, ordenó notificar al agente del Ministerio Público e invitó a unas instituciones para que presentaran concepto. En términos generales, la Circular n°. 002 del Invías ordenó la reactivación de los contratos de obra, interventoría y consultoría con suspensión de actividades y estableció los protocolos de bioseguridad que se debían cumplir para ese fin.

En el plazo para las **intervenciones ciudadanas**, la Cámara Colombiana de la Infraestructura-CCI esgrimió que la Circular n°. 002 se ajusta a derecho, pues el Invías era competente para proferir el acto administrativo y se expidió de conformidad con las facultades de la entidad y en desarrollo de las normas superiores dictadas en el estado de excepción. Explicó que esa decisión permitió a los contratistas reactivar las actividades suspendidas por la pandemia bajo ciertos requisitos de bioseguridad, en cumplimiento del Decreto 531 de 2020.

El Doctor José Alberto Gaitán Martínez Decano de La Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, pidió que se declarara ajustada a derecho la circular, pues satisface los requisitos de forma y materia para las medidas adoptadas en un estado de excepción. Destacó que la Circular n°. 002 permitió a los contratistas reactivar las actividades en virtud del ejercicio de la facultad de suspensión unilateral establecida en el artículo 26 del Decreto Legislativo 482 de 2020.

El Director de la Especialización en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Doctor Felipe De Vivero Arciniegas, afirmó que aunque se configuró la falsa motivación de la Circular n°. 002, porque en ella se indicaron disposiciones que no le servían de fundamento, existían normas que permitían su expedición y que fueron citadas en el acto. Resaltó que se debía precisar el alcance de la Circular n°. 002, en el sentido de que no era aplicable la suspensión unilateral del Decreto Legislativo 482 de 2020, porque dicha facultad se encontraba sujeta a la vigencia de la emergencia económica, social y ecológica - 15 abril de 2020-, que venció con anterioridad a la posibilidad material de cumplir



dicho acto.

El Ministerio Público **conceptuó** en favor de la legalidad de la circular. Estimó que la las medidas de reactivación son proporcionadas y justificadas, pues los protocolos que se adoptaron resultan acordes a la seguridad de la salud de los contratistas y de la ciudadanía.

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales

Jurisdicción y competencia

1. La jurisdicción administrativa, como guardián del orden jurídico, conoce del control inmediato de legalidad de las medidas de carácter general que se dictan en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, de conformidad con los artículos 20 de la Ley 137 de 1994- Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, LEEE- y 136 del CPACA. Según estos preceptos, el Consejo de Estado ejerce el control de las medidas expedidas por las autoridades administrativas nacionales.

Medio de control procedente

2. El control inmediato de legalidad es el medio idóneo para verificar que las medidas generales expedidas por las autoridades administrativas, que desarrollan decretos legislativos, se ajustan al ordenamiento. Su propósito es impedir la aplicación de normas ilegales y limitar el poder de la Rama Ejecutiva durante un estado de excepción¹.

Oportunidad del control

3. La autoridad administrativa que dicte un acto sujeto al control inmediato de legalidad deberá enviarlo al juez administrativo competente, dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a su expedición. Si no se envía, la jurisdicción de lo contencioso administrativo aprehenderá de oficio el conocimiento del acto (art. 20

¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-179 de 1994 [fundamento jurídico f, artículo 20].



LEEE)². Como el 5 de mayo de 2020, el Invías cumplió con el deber de enviar la Circular n°. 002 del 13 de abril de 2020 para el control inmediato de legalidad, a cargo del Consejo de Estado, la oportunidad para esta actuación judicial está satisfecha.

II. Acto objeto de control

4. El Invías expidió la Circular n°. 002 mediante la cual ordenó la reactivación de los contratos de obra, interventoría y consultoría suspendidos con ocasión la emergencia sanitaria del COVID-19 y exigió el diseño de los protocolos de bioseguridad que se debían cumplir para ese fin.

Fundamentó el acto en el Decreto 417 de 2020, que declaró un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, por la calamidad derivada de la pandemia del COVID-19. Señaló que la Resolución n°. 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social declaró la emergencia sanitaria, que el Decreto 440 de 2020 adoptó medidas de urgencia en materia de contratación estatal y que el Decreto 457 de 2020 dispuso la medida del aislamiento obligatorio preventivo durante el 25 de marzo y 13 de abril de 2020. Adujo que el Invías, mediante la Circular n°. 001 del 24 de marzo de 2020, suspendió los contratos de obra, interventoría, consultoría, convenios, contratos interadministrativos y contratos de prestación de servicios administrativos y de logística por razones de salud pública, durante el periodo de aislamiento preventivo, y que el Decreto 482 de 2020 del 26 de marzo de 2020 habilitó la suspensión unilateral de contratos. Indicó que el Decreto 488 de 2020 dictó medidas de orden laboral y el Decreto 531 del 8 de abril de 2020 permitió obras de infraestructura de transporte y obra pública durante el aislamiento preventivo obligatorio si se cumplían los protocolos de bioseguridad del Ministerio de Salud y Protección Social.

En la circular, el Invías ordenó a los contratistas y consultores a diagnosticar el estado de los proyectos, elaborar un plan de acción para reactivar las obras o actividades y desarrollar un protocolo de bioseguridad de conformidad con las exigencias establecidas por las autoridades competentes, en especial la Circular n°. 0000003 del 8 de abril de 2020 expedida por el Ministerio de Salud y Protección

² La entidad publicó la circular en el sitio web institucional, que se puede consultar en <https://www.invias.gov.co/index.php/normativa/resoluciones-circulares-otros/10123-circular-externa-2-del-13-de-abril-de-2020/file>



Social, el Ministerio de Trabajo y el Ministerio de Transporte. Indicó que el plan de reactivación de obras o actividades y los protocolos de bioseguridad adoptados por los contratistas y consultores debían ser aprobados por la interventoría o supervisión con el acompañamiento del Invías y que una vez cumplidos, el jefe de cada unidad ejecutora podría autorizar la reactivación de las actividades. Agregó que las unidades ejecutoras y los interventores y supervisores de los proyectos debían hacer control y seguimiento de los planes de reactivación y las medidas de bioseguridad.

III. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la Circular nº. 002 del 13 de abril de 2020, expedida por el Invías, se ajusta a los preceptos superiores que le sirven de fundamento y si existe una relación de conexidad entre lo que ese acto dispone y los motivos que dieron lugar al estado de excepción.

IV. Análisis de la Sala

El alcance del control inmediato de legalidad y el efecto de sus fallos

5. El control inmediato de legalidad está instituido para fiscalizar los actos administrativos de carácter general, expedidos en desarrollo de decretos legislativos. Como el estado de excepción no implica la supresión del Estado de derecho, la actividad de la Administración, en el ejercicio de las facultades excepcionales, sigue sometida al ordenamiento jurídico (art. 7 LEEE).

El control inmediato de legalidad comprende el análisis de la existencia de una relación de conexidad entre la regulación contenida en el acto sujeto de control y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. Asimismo, el control implica confrontar el acto con las normas superiores que le sirven de fundamento, es decir, los mandatos constitucionales que regulan los estados de excepción (arts. 212 a 215), la Ley Estatutaria, el decreto de declaratoria del estado de excepción y el decreto legislativo que desarrolla (art. 8 LEEE).

El control inmediato de legalidad tiene un carácter jurisdiccional, automático y oficioso, que se extiende a verificar la competencia de la autoridad que expidió el acto sujeto de control, la realidad de los motivos, la adecuación a los fines y la sujeción a las formas. Al controlar el acto, el juez debe determinar si la medida



administrativa es proporcional con la gravedad del hecho que pretende conjurar (arts. 9, 10, 11, 13 y 20 LEEE).

6. Con todo, el control inmediato de legalidad, como cualquier otra competencia judicial, tiene límite en la ley (art. 230 CN). De allí que la confrontación del acto con el ordenamiento que le sirve de sustento no puede extenderse a otras materias, por ejemplo, a reemplazar la legítima discrecionalidad administrativa -que en un estado de excepción está limitada por los postulados de necesidad, finalidad, proporcionalidad, conexidad y debida motivación de las decisiones- por una inconstitucional “discrecionalidad judicial”.

Una justicia extraviada en la Administración no solo contraviene la separación del poder público, sino que impide la adopción y ejecución de medidas administrativas que, precisamente, deben ser eficaces y oportunas para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos (arts. 113 y 215.2 CN). En democracia, como la soberanía solo reside en la ley, el juez no puede -so pretexto de la defensa de los derechos- asumir competencias que el pueblo -a través de la ley- no le ha dado. El juez no está exceptuado del cumplimiento de la ley, por el contrario, debe dar ejemplo de obediencia a sus mandatos inexorables.

7. La evaluación de la juridicidad del acto sujeto a control se hace respecto de todos los preceptos superiores del ordenamiento jurídico relacionados con la materia. Así, se debe confrontar el acto con la normativa propia del estado de excepción. No obstante, si el juez advierte que el acto vulnera cualquier otra norma que no haya sido suspendida o derogada por las disposiciones excepcionales con fuerza de ley, procederá a declarar la ilegalidad del acto.

Aunque el control inmediato de legalidad tiene un carácter integral, no puede fundarse en los mismos parámetros del control que ejerce la Corte Constitucional respecto de los decretos legislativos, expedidos al amparo de la declaratoria del estado de excepción (arts. 241.7 y 215, parágrafo, CN). No es lo mismo confrontar una norma legal de excepción con un número finito de disposiciones -como los artículos de la Constitución-, que verificar la legalidad de un acto administrativo en relación con el “resto del ordenamiento jurídico”. De allí que, si bien el control automático es integral -por ello el juez estudia la forma y la materia del acto-, no es



viable verificar la legalidad de una resolución administrativa frente a todo el ordenamiento.

Por ello, lo decidido en el control inmediato de legalidad no cierra la posibilidad de que el acto pueda ser sometido a otro estudio de legalidad en el futuro, a través del medio de control de nulidad que cualquier persona formule por razones diferentes a las analizadas en el control automático. De modo que, si la medida administrativa controlada se encuentra ajustada a derecho o si se llega a decretar la nulidad de algunos de sus preceptos, aunque este fallo tiene efecto *erga omnes* -oponible a todos y contra todos-, la decisión tiene el carácter de cosa juzgada relativa. La sentencia solo es definitiva frente a los aspectos analizados y decididos, en virtud del control inmediato de legalidad³.

Examen formal de la Circular n°. 002 del Invías

Naturaleza jurídica del Invías

8. El Invías –anteriormente Fondo Vial Nacional-, creado por la Ley 64 de 1967 y reestructurado mediante el Decreto 2171 de 1992, es una entidad del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio y adscrito al Ministerio de Transporte. Tiene como objeto la ejecución de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de infraestructura no concesionada de la Red Vial Nacional de carreteras primaria y terciaria, férrea, fluvial y de la infraestructura marítima, de acuerdo con los lineamientos dados por el Ministerio de Transporte, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 del Decreto 2618 de 2013.

Competencia

9. Según el artículo 2 del Decreto 2618 de 2013, corresponde al Invías ejecutar la política del Gobierno Nacional en relación con la infraestructura de su competencia y ejecutar los planes, programas y proyectos relacionados con el desarrollo de la infraestructura a su cargo. En consonancia, el artículo 7 de ese decreto establece que el despacho del Director General del Instituto Nacional de Vías le corresponde

³ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de noviembre de 2010, Rad. n°. 11001-03-15-000-2010-00196-00 [fundamento jurídico 3].



dirigir y ejercer la actividad contractual. Como el Director General del Invías expidió la circular controlada, en cumplimiento de la función de dirección de la actividad contractual de proyectos de infraestructura a su cargo, para impartir instrucciones sobre el alcance y aplicación del Decreto 531 de 2020 -precepto que permitió la ejecución de obras de infraestructura de transporte y obra pública durante el aislamiento obligatorio siempre que se desarrollaran con base a los protocolos de bioseguridad del Ministerio de Salud y Protección Social- se satisface el requisito de la competencia.

Formalidades

10. El Director General del Invías suscribió la circular controlada. Respecto de otras formalidades, que no tienen carácter sustancial, el acto cumple con los elementos que permiten su individualización: (i) encabezado con número y fecha. (ii) Epígrafe que da cuenta del objeto de la circular. (iii) Como se trata de una circular, no tiene una parte resolutive, pero sí hace explícitas las instrucciones que los contratistas deben seguir. (iv) Tampoco tiene un acápite de derogatorias, pues no suprime o modifica instrucciones anteriores.

Examen material de la Circular nº. 002 del Invías

Conexidad

11. Mediante el acto controlado, el Invías ordenó: (i) la reactivación de los contratos de obra, interventoría y consultoría con suspensión de actividades, instruyó a los contratistas y consultores a realizar un diagnóstico del estado actual de los proyectos y a elaborar un plan de acción para reactivar las obras o actividades y dispuso el control y seguimiento de los planes de reactivación; (ii) la implementación, control y seguimiento de los protocolos de bioseguridad de conformidad con las exigencias dispuestas por las autoridades competentes, en especial la Circular nº. 0000003 del 8 de abril de 2020 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, el Ministerio de Trabajo y el Ministerio de Transporte. La Sala analizará la conexidad de estas medidas de forma independiente.

11.1 El Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 declaró un estado de emergencia



económica, social y ecológica en todo el territorio nacional. Al efecto, esgrimió que el 9 de marzo la Organización Mundial de la Salud-OMS solicitó a los países la adopción de medidas para detener la transmisión y prevenir el contagio del COVID-19. El 11 del mismo mes, esa institución declaró que el virus es una pandemia y, en consecuencia, instó a los países a tomar medidas urgentes y decididas para la identificación, confinación, aislamiento y monitoreo de los posibles casos, así como el tratamiento de los casos confirmados. A su vez, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución n°. 385, que declaró una emergencia sanitaria y adoptó medidas sanitarias para prevenir y controlar la propagación del COVID-19 en el territorio nacional.

A través del Decreto 457 del 23 de marzo de 2020, el Gobierno Nacional ordenó el aislamiento preventivo obligatorio entre el 25 de marzo y el 13 de abril de 2020 en el marco de la emergencia sanitaria por causa de la pandemia. Con base en el estado de excepción, en el artículo 26 del Decreto Legislativo 482 del 26 de marzo de 2020, que sirvió de fundamento para la circular controlada, se habilitó la suspensión de contratos y, en consecuencia, su posterior levantamiento y el establecimiento de las condiciones para ese fin. El Decreto 531 del 8 de abril de 2020 permitió la ejecución de obras de infraestructura de transporte y obra pública durante el aislamiento preventivo obligatorio.

Como la Circular n°. 002 impartió instrucciones para la reactivación de los contratos de obra, interventoría y consultoría que habían sido suspendidos con ocasión a la pandemia del COVID-19 y dispuso la elaboración de un diagnóstico del estado actual de los proyectos y de un plan de acción para reactivar las obras o actividades de la circular y su control y seguimiento, es claro que existe una relación de conexidad entre el acto y los motivos que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia económica, social y ecológica. Asimismo, guardan conexidad con los motivos que justificaron su expedición y con la suspensión regulada en normas de naturaleza legislativa.

11.2 Respecto a la implementación, control y seguimiento de los protocolos de bioseguridad para la reactivación de los contratos a cargo del Invías, se reitera que el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 declaró un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional. Por su parte, el Decreto Legislativo 488 del 27 de marzo de 2020 dispuso que las Administradoras de Riesgos



Laborales debían destinar recursos para atender la emergencia y el Decreto Legislativo 539 del 13 de abril de 2020 estableció que el Ministerio de Salud y Protección Social sería el encargado de determinar y expedir los protocolos de bioseguridad que se requieran para todas las actividades económicas, lo que se hizo mediante la Resolución 666 de 2020. El Decreto 531 de 2020 determinó como condición para la ejecución de actividades permitidas durante el aislamiento preventivo obligatorio que se cumplieran las medidas de bioseguridad dispuestas para ese fin.

INVIAS invocó los decretos ordinarios que dispusieron el aislamiento obligatorio preventivo para fundamentar la Circular n°. 002 del 13 de abril de 2020. No obstante, como el deber de implementar protocolos de bioseguridad se encuentra en el artículo 1 del Decreto Legislativo 539 de 2020, en el que dispuso que esas medidas debían estar conformes con la Circular n°. 0000003 del 8 de abril de 2020 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, el Ministerio de Trabajo y el Ministerio de Transporte, es claro que el acto controlado tiene sustento legal en este precepto extraordinario y no en los decretos ordinarios del presidente de la república que, en uso de la facultad de policía (arts. 189.4 y 296 CN), dispusieron la medida sanitaria de restricción de la movilidad de personas.

Esta circunstancia no vicia el acto administrativo de nulidad. Ello por cuanto esas normas justifican otras de las determinaciones adoptadas, en especial la reactivación de los contratos suspendidos, lo cual descarta la falsa motivación. Tampoco lo hace anulable por falta de motivación, pues este vicio atañe a asuntos de tipo formal por la omisión de las normas que, no obstante existir y justificar el acto, no fueron invocadas en el mismo.

Como la Circular n°. 002 adoptó las medidas de bioseguridad que se debían cumplir para la reactivación de los contratos de obra, interventoría y consultoría a cargo del Invías, dentro de las cuales se estableció un deber de coordinación con las Administradoras de Riesgos Laborales en materia de prevención de la pandemia, la Sala considera que también existe una relación de conexidad entre estas disposiciones y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción.



Por lo anterior, la Sala comparte los argumentos del Director de la Especialización en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, quien precisó que a pesar de que se invocaron decretos ordinarios y otros que no justifican las medidas de bioseguridad, lo cierto es que sí existen normas en el marco del estado de emergencia económica que fueron desarrolladas por la circular objeto de control inmediato de legalidad.

Proporcionalidad

12. Las medidas impartidas por la circular -referidas a las condiciones para la reactivación de los contratos de obra, interventoría y consultoría con suspensión de actividades con ocasión a la pandemia- buscan evitar el contagio del virus durante la ejecución de esos contratos, mediante la adopción de protocolos de bioseguridad. para evitar su propagación. Esas medidas son, pues, adecuadas y proporcionales al fin que persiguen, en tanto que son congruente con la motivación que llevó a la declaratoria del estado de excepción ante la emergencia sanitaria producida por el COVID-19. De ahí que, en relación con la realidad de los motivos, la adecuación a los fines y la proporcionalidad con la gravedad del hecho que pretende conjurar, la Sala coincide con los conceptos de la Cámara Colombiana de la Infraestructura-CCI, el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y el Ministerio Público, que advirtieron que la Circular n°. 002 satisface esos requisitos.

Suspensión y reactivación de la ejecución de los contratos.

13. El artículo 13 de la Ley 80 de 1993 dispone que, por regla general, los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 de ese estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley (arts. 13, 23, 28, 32, 40, 44 y 45 de la Ley 80 de 1993 y art. 2 CC). Es decir, el contrato público se rige principalmente por las disposiciones comerciales y civiles y solo por excepción por las normas de orden público previstas en la Ley 80 y sus modificaciones⁴.

Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, su fuerza

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 28 de febrero de 2020, Rad. 31628 [fundamento jurídico 4].



obligatoria solo desaparece por mutuo disenso o por causas legales (artículo 1602 CC). Además, debe ejecutarse de buena fe y por consiguiente obliga no solo a lo que en él se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella (artículos 1603 CC y 871 C.Co).

De conformidad con estas disposiciones, ante circunstancias especiales que afecten la ejecución de un contrato, por ser imprevisibles, irresistibles y externas a las partes, surge una obligación de renegociación propio de la buena fe. Las partes deben tratar de acordar unas nuevas condiciones que faciliten la ejecución del contrato y el incumplimiento de esta obligación de medio, es decir, de tratar de agotar ese intento de arreglo directo, habilita el reclamo de perjuicios ante el juez del contrato, en caso de que se causen. En efecto, el trámite de toda situación que se presente en la ejecución de todo contrato público, por anormal que sea no debe forzosamente hacerse por la vía unilateral. La gestión (o la administración, que es lo mismo) del contrato entraña definir de manera oportuna las obligaciones de las partes que resultan de su ejecución y no solo de lo acordado por escrito. La vía natural de enfrentar los problemas propios de toda ejecución contractual es la del acuerdo, la de la bilateralidad, como pacto de voluntades que es.

14. El Invías profirió la Circular n°. 002 que dispuso la reactivación de los contratos de obra, interventoría y consultoría con suspensión de actividades con ocasión la emergencia sanitaria del COVID-19. No obstante la vía que adoptó la entidad al proferir la Circular n°. 002, decisión que aunque es propia de toda relación negocial, se “instrumentalizó” en un acto administrativo, su legalidad, se reitera, encuentra fundamento en el derecho privado, que es el régimen general de los contratos.

Aunque lo recomendable hubiese sido buscar un acuerdo con cada uno de los contratistas para, en el marco de la autonomía negocial, acordar las condiciones para suspender y -luego- retomar la ejecución de las obligaciones y los aspectos económicos que se derivarían de un pacto de esta naturaleza, la circular cuya legalidad se revisa es la expresión del desarrollo de una relación contractual en el marco de circunstancias excepcionales, mediante la cual el acreedor hizo exigible la obligación que voluntariamente aplazó, dado que el Decreto 531 de 2020 estableció los requisitos para el cumplimiento de las obligaciones suspendidas hasta ese



momento.

En el marco de la reglas establecidas con ocasión a la pandemia que la entidad, el sujeto activo la obligación en su calidad de acreedor, ante la gravedad de la situación que se afrontaba, flexibilizó temporalmente ciertas obligaciones de sus contratistas deudores en cumplimiento de las medidas de la emergencia sanitaria y el aislamiento obligatorio ordenado por las autoridades. El Invías autorizó a su deudor al no cumplimiento de determinadas obligaciones a su cargo en el tiempo estipulado, con fundamento en las circunstancias específicas que afectaban su correcta ejecución. Bajo esta misma regla de conducta contractual -y ante el cambio de las reglas del aislamiento obligatorio en ciertos sectores- el acreedor estaba facultado para reactivar las obligaciones suspendidas, en cumplimiento de los protocolos de seguridad que fueron exigidos para ese fin.

Si bien es cierto que el artículo 26 del Decreto 482 de 2020 dispuso que la suspensión que resulte de aplicar la facultad prevista en esa norma solo tendría vigencia durante la declaratoria de Emergencia Económica, Social y Ecológica y el levantamiento de la suspensión en la Circular n.º 002 del 13 de abril de 2020 se daría -en principio- con posterioridad a la vigencia del Decreto 417 de 2020 que declaró el primer estado de excepción, no es menos cierto que la medida está en consonancia con la legislación comercial y civil -que es el régimen general de todo contrato- y es consecuente con la situación inusual generada por la pandemia del COVID-19, que llevó precisamente a la expedición de normas de aislamiento y reactivación de actividades.

15. Por regla general, los contratos terminan por la ejecución del contenido obligacional pactado. Los contratos se celebran para ejecutarse. Sin embargo también pueden terminar de manera anormal por el mutuo disenso de las partes (arts. 1602 y 1625 C.C.), por la declaración judicial de resolución o de terminación, cuando se acredita el incumplimiento de las obligaciones por uno de los contratantes (arts. 1546 y 1625 numera. 9 C.C. y 870 C. de Co) o por la declaración judicial de nulidad absoluta o relativa (arts. 1625 numeral 8 y 1740 del C.C).

Salvo que se configuren circunstancias de esta naturaleza, las partes deben ajustar su comportamiento a la intención expresada al momento de la formación del contrato



y, por lo tanto -a menos que hayan pactado algo distinto- la decisión de uno de los contratantes no es suficiente para poner fin al acuerdo. La autonomía privada entraña la fuerza normativa del contrato, y con ello, el deber legal del cumplimiento, ya sea voluntariamente o por orden judicial (artículos 1535, 1551, 1603, C.C.).

Con todo, en el marco de la autonomía privada, las partes pueden acordar cláusulas que habiliten a una de las partes a adoptar decisiones unilaterales durante la ejecución contractual. En muchos contratos típicos se establece la facultad de terminación unilateral ya sea por incumplimiento o a voluntad (*ad nutum*). Por citar algunos ejemplos, el transporte de cosas (Art. 1034 C. Co.); el arrendamiento (Art. 1995 y 2000 C.C.); el usufructo (Art. 859 C.C.); el mandato (Art. 2188 C.C y 1277 C. Co.); el depósito (Art. 2258 C.C. y 1177 C. Co.); el hospedaje (Art. 1199 C. Co.); la agencia (Art. 1326 C. Co.); el comodato (arts. 2218 C.C.); el seguro (Art. 1068 del C. Co); el suministro (Art. 973 del C. Co); el de cajillas de seguridad (artículo 1420 del C. Co); el de apertura de crédito y descuento (Art. 1406 del C. Co) y el de cuenta corriente (Art. 1389 C. Co), entre otros. De manera que, en realidad, la unilateralidad no es un asunto extraño al derecho privado.

Las potestades excepcionales se identifican como aquellas que tienen el propósito de conferir a uno de los contratantes derechos que no están contenidos en el ordenamiento privado. Estos derechos se dan ya sea porque son ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles y comerciales o porque exceden la órbita del derecho privado. En esa dirección son inusuales a las que admite el ordenamiento civil o comercial o ilícitas por ser contrarias al orden público.

De ahí que, la posibilidad de suspensión del contrato y su consecuente reactivación, regulada en el artículo 26 del Decreto 482 de 2020, aunque unilateral, no supone la configuración de una potestad excepcional. Por un parte, no modificó el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 que regula las denominadas potestades excepcionales y, por otra, tampoco resulta extraña al ámbito privado, donde, se insiste, es posible que el acreedor, de forma unilateral, aplase la exigencia de una obligación teniendo en consideración determinadas circunstancias que alteran su correcto cumplimiento y en el cual, incluso, la ley civil autoriza terminaciones unilaterales.

16. Esta decisión, que la Sala toma como juez del acto administrativo, que no de



15

Expediente n°. 11001-03-15-000-2020-01715-00

Circular 002 Instituto Nacional de Vías-Inviás

Declara ajustado a derecho el acto sujeto a control inmediato de legalidad

cada uno de los contratos afectados con dicha decisión, no arrebató al juez natural del contrato, sea institucional o arbitral, sus competencias ordinarias para revisar, caso por caso -si estas situaciones terminan, como no es deseable, en el ámbito de las controversias contractuales- y con base en lo probado, cuáles son los efectos que produjo en el contrato, ya sea por incumplimiento o por la alteración de la equivalencia objetiva y razonable de prestaciones.

Los efectos patrimoniales de estas y otras decisiones que se llegaren a adoptar en la ejecución del contrato, son competencia privativa del juez del contrato. De ahí el alcance limitado de este control inmediato de ilegalidad. Control que además -dados los efectos relativos de la decisión de cosa juzgada- no impide un nuevo pronunciamiento frente a parámetros legales distintos a los que tuvo en cuenta esta decisión. En consecuencia, se declarará ajustado a derecho el acto, en relación con el examen formal y material realizado en este control inmediato de legalidad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión n°. 26, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRASE ajustada al ordenamiento superior la Circular n°. 002 del 13 de abril de 2020, expedida por el Instituto Nacional de Vías-Inviás, en relación con el examen formal y material realizado en este control inmediato de legalidad.

SEGUNDO: En firme esta decisión, **ARCHÍVESE** el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Presidente de la Sala

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

MILTON CHAVES GARCÍA



16
Expediente nº. 11001-03-15-000-2020-01715-00
Circular 002 Instituto Nacional de Vías-Invias
Declara ajustado a derecho el acto sujeto a control inmediato de legalidad

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Salvamento de voto

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

JFB/PT/1C digital



17
Expediente nº. 11001-03-15-000-2020-01715-00
Circular 002 Instituto Nacional de Vías-Invias
Declara ajustado a derecho el acto sujeto a control inmediato de legalidad

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SALA ESPECIAL DE DECISIÓN NÚM. VEINTISÉIS

Bogotá, D.C., trece (13) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: Medio de control inmediato de legalidad

Consejero Ponente: Guillermo Sánchez Luque

Número único de radicación: 11001031500020200171500

Acto objeto de control: Circular Externa núm. 002 de 13 de abril de 2020 expedida por el Director General del instituto Nacional de Vías

Asunto: Salvamento de voto a la sentencia de 18 de diciembre de 2020 proferida por la Sala Especial de Decisión núm. Veintiséis del Consejo de Estado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Con el debido y acostumbrado respeto por la decisión adoptada por la mayoría de la Sala de la Sala Especial del Consejo de Estado, manifiesto que no comparto la decisión adoptada en la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2020, razón por la cual presento salvamento de voto en los siguientes términos.

Para efectos de explicar las razones del presente salvamento de voto, su estudio se divide en las siguientes dos partes: i) la sentencia de 18 de diciembre de 2020 y consideraciones; y ii) el fundamento del salvamento de voto, en el caso *sub examine*: las cuales se desarrollarán a continuación.

La sentencia proferida el 18 de diciembre de 2020 y consideraciones

1. La Sala Especial de Decisión, en la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2020, resolvió:



“[...] PRIMERO: DECLÁRASE ajustada al ordenamiento superior la Circular n°. 002 del 13 de abril de 2020, expedida por el Instituto Nacional de Vías-Invías, en relación con el examen formal y material realizado en este control inmediato de legalidad.

SEGUNDO: En firme esta decisión, ARCHÍVESE el expediente.

[...].”

2. La Sala Especial, en la sentencia, realiza un estudio sobre el alcance del control inmediato de legalidad y el efecto de sus fallos y, posteriormente, realizó el estudio formal y material del acto administrativo.

3. En relación con el cumplimiento de los requisitos formales, consideró, por una parte, que *“[...] Como el Director General del Invías expidió la circular controlada, en cumplimiento de la función de dirección de la actividad contractual de proyectos de infraestructura a su cargo, para impartir instrucciones sobre el alcance y aplicación del Decreto 531 de 2020 -precepto que permitió la ejecución de obras de infraestructura de transporte y obra pública durante el aislamiento obligatorio siempre que se desarrollaran con base a los protocolos de bioseguridad del Ministerio de Salud y Protección Social- se satisface el requisito de la competencia [...].”* y, por la otra, que cumplía con los demás requisitos de forma que ha desarrollado la jurisprudencia de esta Corporación.

4. En relación con el estudio material, consideró que: i) el acto administrativo objeto de control guarda conexidad con el Decreto Legislativo 482 de 26 de marzo de 2020⁵ y ii) la medida establecida en la Circular Externa indicada *supra* se encontraba ajustada al ordenamiento jurídico.

Fundamento del salvamento de voto

⁵ *“[...] Por el cual se dictan medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, dentro del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica [...].”*



5. El suscrito Magistrado, de la revisión del contenido de la Circular Externa, considera que el control inmediato de legalidad no procede, en atención a que las medidas adoptadas no cumplen con el supuesto de ser de carácter general, en atención a que:

5.1. Por un lado, están dirigidas a “[...] *los contratistas del Instituto Nacional de Vías respecto a la reactivación progresiva de las actividades contractuales durante la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional, en los contratos de obra, Interventoría, Consultoría, Convenios y Contratos Interadministrativos a cargo del Instituto [...]*”.

5.2. Y, por el otro, en su contenido señala que “[...] *Corresponde a cada unidad ejecutora y las Interventorías o supervisión de los proyectos [...]*”.

6. En este sentido, el suscrito Magistrado considera que la Circular Externa objeto de estudio no cumple con el requisito de ser una medida de carácter general por cuanto se encuentra dirigida a las personas indicadas *supra*, como personas determinables de la Entidad.

7. Al respecto, esta Corporación, mediante providencia de 1 de abril de 2020⁶, al estudiar la Circular 006 de 24 de marzo de 2020, expedida por la Directora Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación, consideró que no era un acto de carácter general, por contener medidas dirigidas a los contratistas de la Entidad.

En estos términos dejo expuesto mi salvamento de voto.

Fecha ut supra

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, auto de 1 de abril de 2020, C.P. Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio, núm. único de radicación 11001031500020200098000.