

Barraquilla, 16 de agosto de 2024

ICE-EMER-105-24

Señores:

INSTITUTO NACIONAL DE VIAS INVIAS

Att. Dr. JAIRO FERNANDO ARGUELLO

Subdirector de Sostenibilidad

Bogotá D.C

REFERENCIA. CONTRATO 598-2023 “OBRAS NECESARIAS PARA ATENCIÓN DE LA URGENCIA MANIFIESTA CON OCASIÓN DE LA EMERGENCIA VIAL REGISTRADA ENTRE EL PR 75+300 Y PR 75+600 DE LA VÍA 2503 MOJARRAS – POPAYÁN EN EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA”

ASUNTO. Concepto Sobre Cierre Ambiental Contrato No.598 de 2023.

Cordial saludo.

Concedores del desarrollo del contrato de la referencia, en nuestra condición de interventores, en la presente emitimos concepto sobre cierre ambiental del mismo, previo análisis de situaciones que hicieron imposible la obtención de permisos de ocupación temporal de cauce y de RCD, sin que estas detuviesen el normal desarrollo de las obras, y el control y seguimiento permanente de esta interventoría en el manejo del componente ambiental, incluyendo el manejo de dichos residuos y en la ocupación temporal del cauce, de acuerdo a lo ordenado por la Resolución 472 de 2017 que reglamenta la gestión integral de los residuos generados en las actividades de construcción y demolición (RCD), aspecto que amerita un análisis jurídico objetivo para emitir un concepto ajustado a derecho, sobre el cierre del componente ambiental.

GÉNESIS DEL CONTRATO 598-2023.

El contrato se enmarca dentro de la figura de Urgencia Manifiesta, regulada en los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993, establecido en dicha Ley como mecanismo contractual excepcional dada su naturaleza y sus características.

La urgencia manifiesta fue declarada por el Instituto Nacional de Vías -INVIAS-, mediante acto administrativo que cumplió con los requisitos de pertinencia, oportunidad e inmediatez, motivado en el acaecimiento de los hechos de conocimiento público a nivel nacional en el Departamento del Cauca el 9 de Enero de 2023, y por la magnitud de los mismos, mediante **Resolución No. 111 de 16 de enero de 2023.**

De manera concomitante y por la misma causa se produjeron las declaraciones de Calamidad Pública por parte del Gobernador del Departamento del Cauca, mediante Decreto No. 0015 del 12 de enero de 2023, y del Gobernador del Departamento de Nariño, mediante Decreto 013 de 25 de Enero de 2023, y la prórroga de la vigencia de la declaración de Calamidad Pública en el Municipio de Rosas, Cauca, mediante Decreto 005 del 14 de enero de 2023, que modificó el Decreto 043 del 05 de

octubre de 2022, Calamidad Pública declarada por el Alcalde de dicho municipio, con el propósito de enfrentar la grave situación de emergencia y crisis humanitaria acontecida, con ocasión a los efectos producidos por la fuerte temporada de lluvias que azotaba a esta jurisdicción, y que originó continuos movimientos en masa en diferentes veredas de esta entidad territorial, que se agravó con los hechos acaecidos el 9 de Enero de 2023.

De igual forma y por la misma causa, mediante la Resolución 0265 del 16 de marzo de 2023, La Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo declaró de utilidad pública e interés social las áreas prioritarias de intervención, indispensables para la compra de tierras rurales y desarrollo de proyectos productivos, que posibilitaran el reasentamiento de las familias damnificadas en los municipios de Rosas, Timbío, Sitará, Patía (El Bordo), Mercaderes y Sucre del Departamento del Cauca.

En conclusión, no queda duda de que se trató de una emergencia nacional que activó a las autoridades competentes del orden nacional, regional y local, a organizarse y salir a controlar y superar la emergencia, y previas declaraciones de calamidad pública decretadas por las gobernaciones de los departamentos del Cauca y Nariño, y del Municipio de Rosas, Cauca, se dio inicio a la excepcionalidad preceptuada en la Ley 80 de 1993 y la 1150 de 2007, que establecen los requisitos de procedencia para activar esta forma de contratación directa por urgencia manifiesta, tal como lo establece el artículo 2.4 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993, es decir una emergencia nacional que impactaba de manera inminente aspectos sociales, económicos, de comunicación terrestre, entre otros.

CASO CONCRETO, GESTIÓN DE PERMISO RCD ANTE CRC.

No obstante el contrato tiene su génesis en la figura contractual de urgencia manifiesta, e inicia sin la realización de estudios previos, dentro de las obligaciones del contratista se encuentra la gestión de solicitud de permisos ante autoridades territoriales y ambientales, asunto que normalmente ya ha sido previsto o constatada su viabilidad por parte del ente contratante en la etapa de estudios previos, para el caso de los contratos nacidos del normal desarrollo del proceso de contratación pública.

En el caso que nos ocupa, el trámite del permiso de gestión de RCD, indica que el contratista debe solicitar a la oficina de planeación del ente territorial con jurisdicción en el lugar de la emergencia, la certificación de uso de suelo compatible con el tipo de obra que se va a ejecutar, en aras de superar el estado de calamidad pública. En este caso, al tratarse de una vía nacional, el uso de suelo debe ser industrial.

Ese despacho entregó certificado de uso de suelo incompatible con el desarrollo del proyecto de reconstrucción del tramo de la vía desaparecido con ocasión de los deslizamientos de masas. No obstante la incompatibilidad, y no habiendo otra alternativa, el contratista adjuntó esa documentación y la presentó a la autoridad ambiental CRC, que a su turno, negó el permiso de

gestión de RCD, precisamente por la incompatibilidad del uso del Suelo expedido por el ente territorial.

La gestión por la consecución del permiso de gestión de RCD por parte del contratista continuó, reiterando la necesidad de obtener la expedición del permiso de gestión de RCD, llegando a solicitar a la Alcaldía de Rosas, que adelantara dentro de su gestión administrativa, y en aras de la superación de la calamidad pública, el cambio del Uso del Suelo para poder cumplir y obtener el permiso formal por parte de la autoridad ambiental. Sin embargo, la entidad territorial mantuvo su posición negativa a cerca de expedir un certificado de uso de suelo compatible con la actividad de construcción del nuevo tramo de la vía.

Esta interventoría constató la existencia de 13 documentos correspondientes a oficios que integran el expediente del contrato en su parte ambiental, mediante los cuales el contratista solicitó y reiteró ante la Alcaldía de Rosas en siete oportunidades la necesidad de cambio de uso del suelo en el marco de las acciones para superar la calamidad pública declarada y para lograr la expedición del permiso de gestión de RCD, y en seis ocasiones a la CRC con respecto a la expedición del permiso.

Así las cosas, recae entonces una carga que supera el alcance y capacidad de gestión del contratista para el cumplimiento de la obtención del permiso de gestión de RCD, por no poder obligar al ente territorial, ni a la autoridad ambiental a desarrollar el trámite de la gestión que les corresponde en lo de su competencia administrativa, con miras a la superación de la calamidad pública declarada, dicho sea de paso, por ese mismo ente territorial.

Es de resaltar que la negativa de acceder a gestionar el cambio de uso de suelo por parte del ente territorial, que a la postre imposibilitó la gestión de solicitud de permiso de gestión de RCD ante la CRC, pudo haberse debido a que el municipio de Rosas Cauca, cuenta con un Esquema de Ordenamiento Territorial -EOT- adoptado mediante acuerdo de proyecto No. A 72 de enero de 2003 - *"por el cual se adopta el esquema de ordenamiento territorial municipal, se clasifican y determinan usos de suelos y se establecen los sistemas estructurantes"*, y hoy mantiene iguales los usos permitidos de suelo y su proyección, sobre la base de una realidad del desarrollo y destinación de suelo, que data de más de dos décadas.

A pesar de esta situación insuperable, la no expedición del permiso de gestión de RCD, no afectó ni detuvo el normal control y seguimiento realizado por esta interventoría, al cumplimiento de dicha gestión específica, de acuerdo a lo estipulado en la Resolución 472 de 2017 del Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, y de la misma forma se hizo con todos los aspectos ambientales, técnicos, sociales y financieros del proyecto, lo cual puede ser constatado consultando el expediente del contrato.

El principio general del derecho *"nadie está obligado a lo imposible"* establece que ninguna persona natural o jurídica puede ser forzada a cumplir con una obligación que no puede realizar debido a la falta de medios o capacidades. Este principio, ha sido reafirmado en diversas ocasiones por la Corte Constitucional, enfatizando que el poder pierde su legitimidad cuando intenta imponer lo imposible.

De igual manera lo ha abordado el Consejo de Estado en jurisprudencia de la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO del (16) de agosto de dos mil veintidós (2022) Radicación: 47001-23-33-000-2018-00416-01 No. Interno: 67.959:

...“EN CONTRATACIÓN ESTATAL NADIE ESTÁ OBLIGADO A LO IMPOSIBLE – El Consejo de Estado ha puntualizado que este principio se debe tener en cuenta desde la elaboración de los pliegos de condiciones; si se incluye un objeto u obligaciones de imposible cumplimiento, se produce ineficacia del contrato de pleno derecho (esto incluye la necesidad de especificar circunstancias de modo, tiempo y lugar para el cumplimiento contractual)”.

Para el caso examinado, por la génesis del contrato y la carencia de estudios previos, el contratista termina con una carga de cumplimiento de algo que lo desborda por no estar a su alcance, ni en sus posibilidades.

LA OBLIGACIÓN DE LAS AUTORIDADES EN EL MARCO DE LA LEY 1523 DE 2012.

La Ley 1523 de 2012 por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, y se dictan otras disposiciones, establece en su artículo 3 los principios generales que orientan la gestión del riesgo y que se constituyen en los pilares de la ley, y la guía en cuanto a la forma de actuar de las diferentes entidades frente a la atención de desastres y la gestión del riesgo.

En los artículos 32, 60 y 61 se establecen las obligaciones de las autoridades en los tres niveles de gobierno, en cuanto a la prevención y atención de desastres. Así mismo, el Artículo 2° de la Ley trata sobre el deber de **“la responsabilidad. La gestión del riesgo es responsabilidad de todas las autoridades y de los habitantes del territorio colombiano.**

*En cumplimiento de esta responsabilidad, las entidades públicas, privadas y comunitarias desarrollarán y ejecutarán los procesos de gestión del riesgo, entiéndase: conocimiento del riesgo, reducción del riesgo y manejo de desastres, **en el marco de sus competencias, su ámbito de actuación y su jurisdicción, como componentes del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres**”.* (subrayas fuera de texto).

Lo anterior significa que el alcance de las autoridades en el marco de la ley, no se limita a la gestión o aporte de recursos económicos o logísticos, sino a **todo el ámbito de sus competencias y actuaciones en toda su jurisdicción.**

Lo dicho incluye el alcance de sus funciones naturales como ente territorial, o de cualquier tipo de entidad pública vinculada al proceso de atención de la emergencia, incluyendo las actuaciones de tipo administrativo de cualquiera de sus dependencias, en aras de superar la emergencia.

Retomando el Artículo 32 que trata sobre ***“Planes de Gestión del Riesgo. Los tres niveles de gobierno formularán e implementarán planes de gestión del riesgo para priorizar, programar y ejecutar***

acciones por parte de las entidades del sistema nacional, en el marco de los procesos de conocimiento del riesgo, reducción del riesgo y de manejo del desastre, como parte del ordenamiento territorial y del desarrollo, así como para realizar su seguimiento y evaluación”.

El Parágrafo del artículo 14 de la Ley 1523 de 2012 establece que *“Los alcaldes y la administración municipal o distrital, deberán integrar en la planificación del desarrollo local, acciones estratégicas y prioritarias en materia de gestión del riesgo de desastres, especialmente, a través de los planes de ordenamiento territorial, de desarrollo municipal o distrital y demás instrumentos de gestión pública”.*

Así mismo, en el marco de la ley 1523 de 2012, los principios de la ley se constituyen en pilares que de ninguna forma pueden ser contravenidos en el ámbito de aplicación de la misma, y que deben ser respetados por todos los actores vinculados.

De allí se colige que el ente territorial, Alcaldía del Municipio de Rosas, Cauca, del cual se debió desprender la gestión administrativa de cambio de uso de suelo, así fuese en modalidad de atípico y excepcional, faltó también a algunos de los principios generales de la ley 1523 de 2012 consagrados en su artículo 3, como por ejemplo a los siguientes:

“Principio del interés público o social: En toda situación de riesgo o de desastre, el interés público o social prevalecerá sobre el interés particular. Los intereses locales, regionales, sectoriales y colectivos cederán frente al interés nacional, sin detrimento de los derechos fundamentales del individuo y, sin demérito, de la autonomía de las entidades territoriales”.

“Principio de coordinación: La coordinación de competencias es la actuación integrada de servicios tanto estatales como privados y comunitarios especializados y diferenciados, cuyas funciones tienen objetivos comunes para garantizar la armonía en el ejercicio de las funciones y el logro de los fines o cometidos del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres”.

“Principio de concurrencia: La concurrencia de competencias entre entidades nacionales y territoriales de los ámbitos público, privado y comunitario que constituyen el sistema nacional de gestión del riesgo de desastres, tiene lugar cuando la eficacia en los procesos, acciones y tareas se logre mediante la unión de esfuerzos y la colaboración no jerárquica entre las autoridades y entidades involucradas. La acción concurrente puede darse en beneficio de todas o de algunas de las entidades. El ejercicio concurrente de competencias exige el respeto de las atribuciones propias de las autoridades involucradas, el acuerdo expreso sobre las metas comunes y sobre los procesos y procedimientos para alcanzarlas.

Parágrafo.

Los alcaldes y la administración municipal o distrital, deberán integrar en la planificación del desarrollo local, acciones estratégicas y prioritarias en materia de

gestión del riesgo de desastres, especialmente, a través de los planes de ordenamiento territorial, de desarrollo municipal o distrital y demás instrumentos de gestión pública.”

CONCEPTO DE LA INTERVENTORÍA.

Es nuestro concepto jurídico como interventores, que se debe proceder a formalizar el cierre del componente ambiental del contrato referenciado, como cumplido, debido a que la no obtención del permiso de gestión de RCD, no obstante las gestiones realizadas en su intento por conseguirlo, obedece a una situación que supera la capacidad y el alcance del contratista por no estar en sus posibilidades la gestión y obtención del mismo.

Si se hubiese tratado de un contrato nacido del normal desarrollo de un proceso de contratación pública ordinario, con estudios de factibilidad, técnicos, ambientales, etc., en estos con seguridad hubiesen estado incorporados y resueltos aspectos como la compatibilidad del uso de suelo, y no hubiese surgido el problema para que el contratista lo hubiese podido solicitar, porque este ya hubiese estado avalado y certificado por el ente territorial.

Cordialmente.



Ing. CARLOS ALBERTO DONADO
Representante Legal
Ingenieros Civiles Especialistas S.A.S.

c.c. Archivo
Ing. Jorge Medina Idrobo – Gestor Técnico del Proyecto
Ing. Angie Geraldine Rincón Cala – Gestora Ambiental

Elaboró: Rafael Donado Henríquez – Gerente Jurídico - Ingenieros Civiles Especialistas S.A.S.