

COVID 19 Y CONSTRUCCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

CON ESTUPEFACCIÓN veíamos como el Covid-19 se presentaba a sus anchas en diciembre del 2019 en la localidad de Wuhan, propagándose rápidamente por el mundo entero, hasta llegar a nuestro país el 03 de marzo pasado, viéndose obligadas las autoridades a tomar medidas excepcionales para intentar proteger a la población. Este escenario que no nos había tocado vivir, no sólo interrumpe brusca y prolongadamente la normalidad de nuestras rutinas, sino que además obliga –o debiese obligar– a las autoridades, a someter sus iniciativas e instrucciones a un amplio análisis de contexto en pos de atenuar los costos sociales y económicos derivados de la pandemia, promoviendo siempre, un actuar cooperativo y coordinado entre sus distintos estamentos.

Como reacción a la pandemia, importantes actos administrativos se han emitido por la autoridad, principalmente los decretos que dan facultades extraordinarias al MINSAL (Decreto N°4 y sus modificaciones), una serie de resoluciones del MINSAL dictadas a la fecha y la declaración de Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe por Pandemia Covid-19 de fecha 18 de marzo a través de Decreto N°104, todos actos administrativos que han limitado razonable y prudentemente la libertad de tránsito y de reunión de todos los chilenos, estableciéndose por la autoridad sanitaria diversas medidas de distanciamiento social, como el aislamiento nocturno para toda la República, el establecimiento de aduanas y cordones sanitarios, la declaración de cuarentenas obligatorias, entre otras medidas que impactan la cotidianidad de todos los chilenos y, por supuesto el normal desarrollo de las distintas actividades de las obras contratadas por el Ministerio de Obras Públicas (MOP), pues las impiden, restringen o a lo menos, dificultan.

Las localidades aledañas a los trabajos, por el mismo temor de contagio, y falta de proveedores de bienes y servicios para la construcción.

Fuerte ha sido el golpe que, dada la pandemia y los actos emitidos por la autoridad, ha resentido al rubro de la construcción de obras públicas. Como es sabido, las empresas contratistas sólo reciben pagos de parte del MOP en la medida que existan avances de obra, por lo que se han visto enfrentadas a compatibilizar el intentar seguir teniendo flujos que permitan su subsistencia, pero sólo en la medida que la continuidad de los trabajos sea factible protegiendo eficazmente la salud y vida de sus trabajadores. En efecto, las empresas del rubro se han visto afectadas, entre otros, por los siguientes problemas: no contar con medios formales de transporte ni aéreo ni terrestre; gran dificultad y en algunos casos imposibilidad para llegar a los lugares donde se ejecutan los trabajos dadas las múltiples aduanas sanitarias, las localidades con cordones sanitarios y las cuarentenas; dificultad para la obtención de alimentos y elementos de higiene para la multitud de trabajadores que se necesitan para cada obra; el rechazo de las comunidades y autoridades locales a la llegada de trabajadores foráneos, por temor a que sean portadores del virus; dificultad o imposibilidad para encontrar hospedaje y servicios de alimentación en

“Creemos que la situación que el país está viviendo obliga a la autoridad a repensar y a someter sus iniciativas e instrucciones a un amplio análisis de contexto, considerando como foco central la protección de la vida y salud de las personas, **por lo que estamos convencidos de la imperiosa necesidad de dar soluciones colaborativas y coordinadas para abordar la crisis actual que enfrentan muchas de las obras públicas que ven realmente imposibilitada su continuación”.**

las localidades aledañas a los trabajos, por el mismo temor de contagio, y falta de proveedores de bienes y servicios para la construcción.

AÚN CON TODO lo anterior, la mayoría ha intentado seguir adelante con la materialización de la infraestructura pública, pero en muchos casos, las dificultades precedentemente anotadas lo han tornado imposible, viéndose impedidos de dar continuidad a las obras, pero con contratos de obra pública que siguen surtiendo efectos y están sujetos a un riguroso marco de multas contractuales: por incumplimientos de avances, de curva ocupacional, de presencia y calidad del personal mínimo de dirección de las obras, por incumplimiento de hitos o del plazo total convenido, entre otras. Incluso puede generarse la liquidación anticipada de los contratos y suspensiones en el Registro de Contratistas MOP, lo que los imposibilitaría para poder participar en futuras licitaciones. Para regularizar estas situaciones y evitar castigar el día de mañana los incumplimientos anotados generados por caso fortuito o fuerza mayor, creemos que los mandantes debiesen aplicar la herramienta de la paralización de las obras por necesidades del servicio de acuerdo al art. 148 del DS MOP N°75/2004 o RCOP,

por ser el único mecanismo reglamentario que permite la suspensión del cumplimiento de las obligaciones recíprocas y por existir una realidad fáctica que garantiza la legalidad y oportunidad de la medida, así como su congruencia con los motivos y fines que la justifican.

Sabemos que el MOP, como el resto de los agentes de la Administración del Estado, está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común (art.3° LOCBGAE) y que particularmente en tiempos de crisis, su actuar debe ser rigurosamente coordinado: no hay espacio para contradicciones e indefiniciones. En efecto y tal como lo recoge el dictamen de la CGR N° 3610 de 17 de marzo pasado (día 15 de la pandemia en nuestro país y cuando teníamos sólo 201 casos confirmados de Covid-19 y aún sin fallecidos que lamentar) conforme lo disponen los arts. 1° inc. quinto, y 5° inc. segundo de la Constitución Política, es deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Carta Fundamental y por los tratados internacionales ratificados por Chile. Junto con lo anterior, sabemos también que el resultado de la estrategia que intenta implementar el Gobierno para proteger la vida de las personas no sólo depende de cuan vinculantes sean las medidas que se adopten, sino también de la unidad, coordinación y colaboración de todos los organismos del Estado.

ES ESTE CONTEXTO, la situación que estamos viviendo constituye sin lugar a dudas caso fortuito o fuerza mayor, siendo por tanto una situación de excepción que faculta y permite a la Administración, en pos de la protección de la vida y salud de las personas, la adopción de medidas especiales, eximir del cumplimiento de ciertas obligaciones o plazos y en definitiva actuar de una forma que en situaciones normales no estaría permitida por el ordenamiento jurídico, procurando sólo la continuidad mínima de los servicios públicos críticos, esto es, aquellos cuyas funciones no pueden paralizarse sin grave daño a la comunidad. Claramente la construcción de obras públicas -en la medida que exista adecuada conectividad

que permita los desplazamientos, la continuidad de los servicios básicos y abastecimiento de la población- no corresponde a un servicio público crítico, siendo por tanto la regla general que la construcción de las obras públicas es prescindible, pues su paralización no afecta la salud, ni la seguridad de la población, sino más bien todo lo contrario, pudiendo implicar precisamente una amenaza derivada de los desplazamientos masivos de miles trabajadores de una localidad a otra.

No obstante la prudencia, razonabilidad y legitimidad de lo expuesto, creemos que el MOP, no ha dado adecuada aplicación al principio de cooperación que rige su actuar y a los deberes Constitucionales a los que debe responder. Señalamos lo anterior por cuanto ese Ministerio, a través de su Dirección General (DGOP), emitió la segunda quincena de marzo dos instructivos que impactan fuerte y arbitrariamente el escenario normativo en el que se desenvuelven los actores que intervienen en la industria de la construcción de obras públicas: el ORD N°222 de 18.03.2020, y el ORD N°239 de 27.03.2020, ambas instrucciones que delectan -a nuestro entender- falta de coordinación con las políticas dispuestas por el ejecutivo y errónea interpretación de la normativa aplicable.

Si bien la primera instrucción dada por la autoridad parecía ir en dirección correcta, esto es, asumía que el RCOP es un reglamento cuya aplicación es estricta, pero que está pensado para tiempos de normalidad, no para el contexto que estamos viviendo, días después, tras la distribución de un segundo ordinario, se aprecia la falta de voluntad de contribuir con soluciones colaborativas que ayuden a los contratistas a resguardar debidamente la salud y vida de los trabajadores y falta de voluntad para formalizar la suspensión de los efectos del contrato de obra pública en aquellos casos en que sea necesario. En efecto, este segundo instructivo adolece no sólo de falta de sujeción de sus criterios a las medidas que la autoridad ha decretado, sino también, dispone una serie de instrucciones -a nuestro juicio antijurídicas y contradictorias- que tienen por objeto coaccionar a los contratistas para que sigan ejecutando trabajos contra todo pronóstico, sin antes dejar clara la opinión de esa cartera de que

todas las interferencias y dificultades provocadas por la pandemia serán -sorprendentemente- de responsabilidad exclusiva del contratista, aunque nazcan de eventos "excepcionales". Este documento instruye a las Direcciones, evitar a toda costa las paralizaciones de los contratos, salvo que el contratista reconozca y declare por escrito que dicha paralización no le dará derecho a indemnización alguna de conformidad a lo dispuesto en el art. 161 del RCOP. Dicho art. se refiere únicamente a la posibilidad de justificar atrasos parciales ocasionados por caso fortuito o fuerza mayor, pero no se refiere a la paralización de los contratos. La paralización se encuentra regulada en el art. 148 del RCOP y es tratada como una potestad de las Direcciones para los casos en que no haya fondos disponibles para llevar adelante una obra, o cuando así lo aconsejen sus necesidades. Por otra parte la exigencia de renuncia de indemnizaciones como requisito para disponer la paralización, creemos que no es aceptable, ya que es un derecho del contratista según el art. 148, pues este impone expresamente que *"en caso de paralización de faenas ordenadas por la Dirección, se indemnizará al contratista en la forma establecida en el art. anterior (...)".*

CREEMOS que la situación que el país está viviendo obliga a la autoridad a repensar y a someter sus iniciativas e instrucciones a un amplio análisis de contexto, considerando como foco central la protección de la vida y salud de las personas, por lo que estamos convencidos de la imperiosa necesidad de dar soluciones colaborativas y coordinadas para abordar la crisis actual que enfrentan muchas de las obras públicas que ven realmente imposibilitada su continuación, debiendo el MOP actuar con apego a todas las recomendaciones emanadas del ejecutivo, de manera de no exponer a trabajadores y ciudadanos a ser blanco de nuevos brotes de contagio, y en consecuencia, debiendo disponer la paralización de dichos contratos por necesidades del servicio, por ser el único mecanismo reglamentario que permite la suspensión de las obligaciones recíprocas de las partes y, por existir una realidad fáctica que garantiza la legalidad y oportunidad de tal medida. ■