

La reanudación de las obras de infraestructura en el marco de la emergencia sanitaria

El 11 de abril de 2020, por medio del Decreto 531, el Gobierno Nacional extendió el periodo de aislamiento preventivo obligatorio con el fin de disminuir la velocidad de propagación de la pandemia COVID-19 en el país. La norma incluye nuevas actividades económicas exceptuadas de dicha medida, incluyendo la ejecución de “obras de infraestructura de transporte y obra pública”, siempre que las personas que desarrollen este tipo de actividades cumplan con los protocolos de bioseguridad que establezca el Ministerio de Salud para el control de esta enfermedad.

El principal objetivo de esta nueva excepción es reanudar las obras públicas que estaban suspendidas con el propósito de evitar futuros retrasos en los cronogramas de entrega. En ese orden de ideas y para delimitar las medidas de Seguridad y Salud en el Trabajo que deben implementar los contratistas a cargo de estas obras, el Ministerio de Salud, en conjunto con el Ministerio de Vivienda, expidió las circulares 03 y 01 de abril del 2020. Por otra parte, para el sector Nacional, tanto la Agencia Nacional de Infraestructura como el Instituto Nacional de Vías, establecieron protocolos específicos para la reanudación de las obras y concesiones.

1. Circular 03 de 2020:

Esta circular tiene como finalidad establecer las responsabilidades, los deberes y las medidas que deben implementar todos los actores que participan en la ejecución de este tipo de obras (contratistas, entidad contratante, interventores y proveedores). Este paquete de acciones de “bioseguridad” está principalmente encaminado a prevenir la propagación de la enfermedad entre aquellas personas que están involucradas en obras públicas de infraestructura, especialmente la de transporte multimodal.

Las medidas que deben adoptar los actores de la ejecución de esta clase de obras públicas tienen algunas diferencias respecto de las que se han adoptado para la totalidad de los habitantes del territorio colombiano, a saber:

- **Higiene personal:** los empleadores deben garantizar que los espacios de trabajo cuenten con la infraestructura y la logística necesaria para que los trabajadores puedan lavar sus manos de manera constante. De igual forma, en cada centro de trabajo los empleadores deben disponer de implementos de aseo como geles desinfectantes, alcohol, lavamanos y productos limpieza avalados por el INVIMA.

- **Distanciamiento social:** durante la ejecución de las labores a cargo del personal, resulta indispensable evitar aglomeraciones innecesarias, así como el contacto personal. Entre cada trabajador debe haber un espacio mínimo de dos metros. Así mismo, las empresas tienen que acomodar de la mejor manera sus turnos para que pocas personas confluyan al mismo tiempo en el lugar de prestación del servicio. En este punto es importante enfatizar que solo vuelven al sitio de trabajo aquellos que no pueden ejecutarlo desde su casa.
 - **Suministro de elementos de protección personal:** la empresa tiene que poner a disposición de los trabajadores elementos que eviten la propagación o el contagio de esta enfermedad. Cada empleador debe contar con mínimo un tapabocas, uniformes de trabajo, guantes, caretas y demás utensilios de protección personal.
 - **Campañas de sensibilización:** es importante que los empleadores sensibilicen y fomenten la cultura de la prevención al interior del centro de trabajo. Para ello, deben realizar las siguientes acciones:
 1. Instalar avisos y demás signos visuales que alerten sobre la importancia de la higiene personal.
 2. Disponer medios visuales sobre la correcta forma de lavarse las manos.
 3. Notificaciones cada tres horas para que los trabajadores recuerden que deben lavarse las manos.
 4. Capacitaciones y charlas diarias acerca de buenos hábitos de higiene personal dentro del sitio de trabajo y en sus hogares.
 5. Protocolos para divulgar información relevante sobre la enfermedad del COVID-19.
 - **Control biológico:** en este aspecto las empresas deben adoptar hábitos de limpieza y desinfección de los lugares de trabajo. Estas acciones están dirigidas a que los sitios potenciales de contagio, como casinos, baños, casilleros, salas de reuniones, oficinas, cocinas, comedores y demás áreas de esparcimiento se encuentren desinfectadas y en perfectas condiciones.
- Las medidas cobijan a las herramientas de trabajo de los trabajadores y a ellos mismos. Cada mañana es necesario verificar la temperatura corporal y hacer chequeos simples tendientes a encontrar posibles patologías.
- **Medidas reactivas:** por último, al interior de las empresas deben existir protocolos de reacción inmediata en caso de que se presenten emergencias. Para ello, los espacios de trabajo deben contar con camillas, implementos de primeros auxilios, así como puntos de atención básica.

Todas estas acciones y elementos deberán estar plasmadas en un “protocolo de bioseguridad”.

2. Circular 001 del 11 de abril de 2020:

Esta circular dispuso igualmente acciones a cargo de quienes tengan a cargo proyectos de construcción de edificaciones, residenciales y no residenciales y que se encuentren exceptuados del aislamiento obligatorio. Sin embargo, debido a la poca claridad respecto de quienes son los destinatarios, surgen dudas de si esta normativa también aplica a los contratistas a cargos de obras de infraestructura pública de transporte multimodal.

En nuestro concepto esta circular hace referencia a “aquellos que tienen a cargo proyectos de edificación y de su cadena de suministros” y no a los contratistas que ejecutan obras de infraestructura de transporte multimodal. De igual forma, esta circular deja otra inquietud respecto de su aplicación inmediata toda vez que la ejecución de obras civiles solo está permitida en un escenario: “cuando por su estado de avance de obra o de sus características, presenten riesgos de estabilidad técnica, amenaza de colapso o requieran acciones de reforzamiento estructural”.

Consideramos que esta circular tiene los siguientes criterios de interpretación:

1. Según su lenguaje y su sentido teleológico aplica a los constructores de obras civiles exceptuadas en los términos del Decreto que amplió el aislamiento obligatorio nacional.
2. Aplicará a los constructores de obras civiles una vez se levante la medida de aislamiento obligatorio y durante la emergencia declarada por el Gobierno.
3. Regulará los aspectos sobre los cuales la circular 003 de 2020 dejó vacíos y que no le sean contrarios.
4. Esta circular no aplica en materia de proyectos de infraestructura de transporte: ya existe una especial circular que es la número 3 de 2020. Para las demás obras de edificaciones, esta circular no diferencia entre edificación pública o privada, por lo que, si no hay otra directriz, circular o norma para estas otras obras públicas se aplicarán las disposiciones de esta circular.

Por último, debemos advertir que esta circular consagra disposiciones similares a las adoptadas para a las obras de infraestructura. Al igual que esta disposición, este documento establece obligaciones concretas para los empleadores, que buscan mitigar los riesgos de contagio al interior de los centros de trabajo y reforzar los protocolos en caso de evidenciar posibles focos de infección o síntomas acerca de la existencia de un trabajador contagiado.

La novedad principal de esta circular y la que en nuestro concepto aplica a los desarrolladores de obras de infraestructura es la implementación del Plan de Aplicación del Protocolo Sanitario para la Obra (PAPSO), que consiste en el diseño de un programa que defina los responsables, las acciones y los deberes respecto del siguiente contenido: la labor a ejecutar; las etapas de construcción; los horarios de trabajo; el cronograma de actividades con sus respectivas medidas de prevención sanitaria; los protocolos de higiene; la identificación de las zonas de cuidado en salud dentro de la obra; los profesionales responsables de la implementación del PAPSO que cumplan con los requisitos establecidos en términos de idoneidad, experiencia y cargo en la organización/obra; las estrategias de socialización del PAPSO y la carta de compromiso firmada por el director de obra, la interventoría y/o la supervisión de obra, que asegure la implementación del PAPSO. Este plan debe ser ejecutado por el director, supervisor o ejecutor de la obra.

5. Directrices de la ANI y del INVIAS:

- **Circular externa 002 del INVIAS:** respecto de las obras que maneja esta entidad y desde el tema que nos compete, resulta relevante manifestar que el PAPSO o protocolo de bioseguridad debe presentarlo el contratista al interventor de la obra. En tal sentido, solo podrán reanudarse las actividades en la medida en que el interventor emita un concepto favorable. Una vez el interventor se pronuncie, el contratista deberá establecer y entregar el programa de reanudación de la obra, que incluye, entre otros aspectos el protocolo de bioseguridad.

En este punto queremos enfatizar que el hecho de que los contratistas tengan que, de cara a reanudar la obra de infraestructura, diseñar y establecer un programa de bioseguridad o PAPSO y que este deba ser avalado por el interventor, pone de presente que la reanudación de la ejecución de las obras se hará en la medida en que el contratista logre poner en marcha dicho protocolo, luego de haber cumplido con las disposiciones impuestas por el Ministerio de Salud y de Trabajo.

Así las cosas, si el contratista, por una causa justificada como, por ejemplo, la fuerza mayor, no logra presentar el Plan de Reactivación y el Protocolo de Bioseguridad en el tiempo previsto por la Circular o realizar ajustes al mismo según las observaciones del interventor, la entidad contratante no podrá declarar el incumplimiento o ejercer sus facultades exorbitantes en razón a las demoras o retrasos que esto pueda generar en la reanudación de actividades. Es importante recordar aquí, que la responsabilidad del contratista no es objetiva ni automática, y sólo puede ser definida previo el agotamiento de un procedimiento donde se analicen las causas y circunstancias particulares del caso, mas aún en el que aquí se trata, donde las medidas y acciones requeridas implican grandes esfuerzos a nivel administrativo y es claro que no pueden ser puestas en marcha de forma inmediata.

- **Directrices de la ANI:** esta entidad concentra los proyectos de infraestructura de transporte, específicamente las vías llamadas de “cuarta generación”. A diferencia del INVIAS, por intermedio de la Resolución 20201000004985 de 13 de abril de este año, esta entidad dispuso un plazo perentorio de tres días para presentar el Plan de Reactivación de las Obras ante el interventor y a la ANI. El cual, para lo que nos interesa, debe contener el “protocolo de bioseguridad” según las circulares descritas anteriormente. Vale la pena resaltar que, en nuestro criterio, este plazo y esta resolución son exigibles a las obras donde la ANI funge como “entidad contratante”.

Ahora, el plazo de tres días dispuesto por la entidad para realizar todas las acciones del “Plan de Reactivación de las Obras”, entre ellas la del “protocolo de bioseguridad” resulta a todas luces irracional. En efecto, actualmente para cualquier empresa es imposible dar cumplimiento a las circulares del Ministerio de Salud, debido a la escases de productos de higiene y de protección personal, así como la dificultad operativa que implica la cuarentena.

Desde nuestro punto de vista y siguiendo el principio que reza “nadie está obligado a lo imposible” creemos que esta entidad no tiene facultades para conminar y exigir irrestrictamente a que los contratistas en tres días tengan diseñado e implementado este “Plan de Reactivación de las Obras”. Lo anterior, sin perjuicio de que inicien de manera inmediata a movilizar al contratista y demostrar que, durante esos tres días otorgados por la ANI, la empresa dispuso de todos los mecanismos disponibles para reanudar en cuanto antes las obras. En este punto hacemos las siguientes conclusiones:

1. Sí hay una obligación y términos de que el contratista presente el Plan de reactivación y el protocolo. También contempla la circular un tiempo para la aprobación.
2. Es claro que si la interventoría se demora en aprobar no hay responsabilidad del contratista y la demora es imputable a la Administración; incluso, podría sumar al desequilibrio económico que el retraso y suspensión de obra genere.
3. Si el contratista no entrega el plan en esos términos o no cumple con ajustes solicitados por el interventor, y eso genera un retraso injustificado de la obra, es muy factible que haya un incumplimiento contractual. De ahí a que pueda haber una caducidad del contrato es otra cosa. La caducidad es solo si hay amenaza de una parálisis o grave afectación, por ejemplo, si el contratista nunca presentó el plan o paso un tiempo largo e irrazonable y no lo ajustó. La caducidad igual está sujeta a un procedimiento, pruebas, defensa, etc.
4. En efecto, si hay una circunstancia de fuerza mayor, eso no genera ninguna responsabilidad para declarar la caducidad.

Por: Nicolás Rico
nrrico@scolalegal.com
Abril 20 de 2020