

Documentos de Trabajo No. 91

Octubre 2018

Análisis sobre el impacto económico de un mecanismo de resolución temprana de controversias en contratos de obra pública

Pablo Easton José María de Ávila

La publicación de los Documentos de Trabajo no está sujeta a la aprobación previa de la Mesa Directiva de la Cámara Chilena de la Construcción A.G. Tanto el contenido de los Documentos de Trabajo como también el análisis y conclusiones que de ellos se deriven, son de exclusiva responsabilidad de su(s) autor(es) y no reflejan necesariamente la opinión de la Cámara Chilena de la Construcción A.G. o sus directivos.

1. Introducción

El objetivo de este documento es analizar el impacto económico que tendría la implantación de un Mecanismo de Resolución Temprana de Conflictos (MRTC) en los contratos de Obra Pública (OO.PP.), considerando los potenciales ahorros en costos que esta alternativa puede generar con respecto a la forma de procedimiento actual.

En la actualidad, no existe un mecanismo específico para la resolución de conflictos en contratos de la construcción entre mandantes públicos y contratistas privados, reduciéndose las posibles vías de solución a las instancias administrativa y la judicialización del conflicto en un proceso civil. La falta de un mecanismo específico resulta en un uso ineficiente de los recursos, tanto desde el punto de vista privado como público, al desviar importantes cantidades de estos desde funciones productivas a la resolución de los conflictos. Por esto, es importante contar con una cuantificación del impacto económico que genera la actual situación y los posibles ahorros que la implantación de un MRTC podría traer.

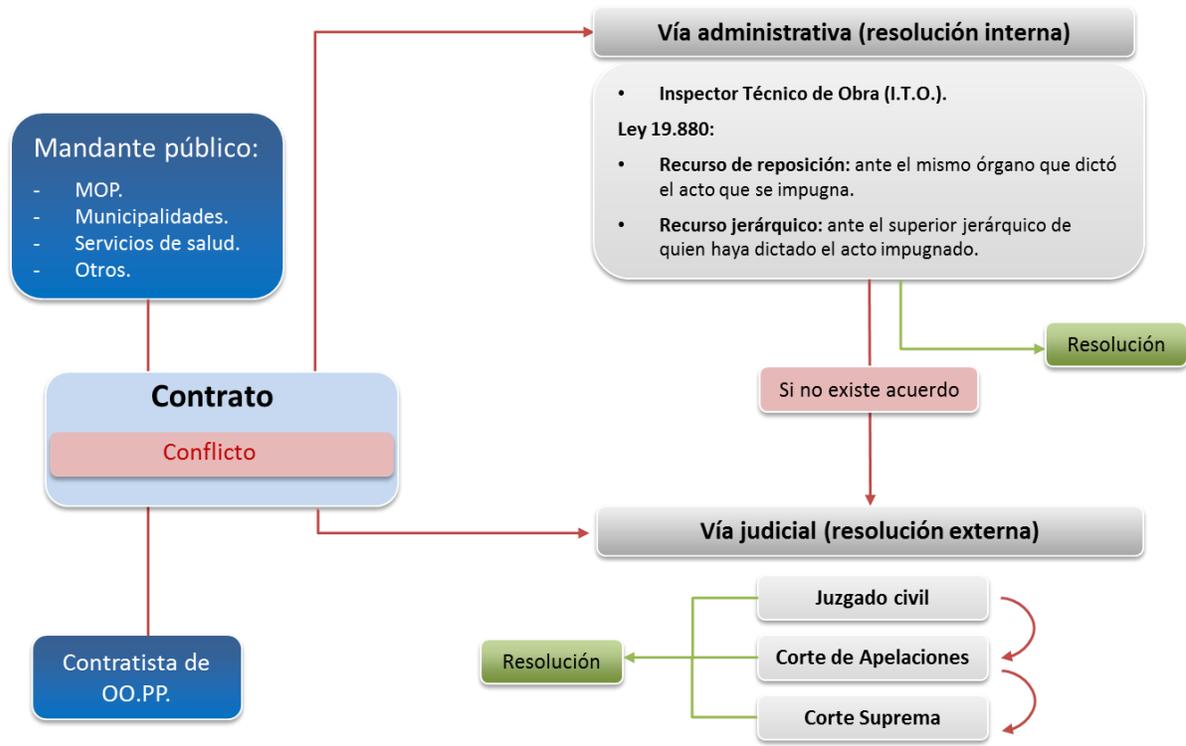
En primer lugar, se expondrá el marco actual existente en Chile para la resolución de conflictos en contratos de OO.PP. entre mandantes públicos y contratistas privados, para posteriormente describir el MRTC propuesto y el ahorro que éste puede generar para los actores públicos y privados involucrados. Finalmente, se exponen dos casos relacionados con la construcción de hospitales que ilustran cómo la inclusión de un MRTC podría haber ayuda a resolver los conflictos con un uso más eficiente de los recursos.

2. Situación actual

Previo a la descripción del marco que actualmente existe en Chile para la resolución de conflictos, es importante precisar cuál es la definición de conflicto considerada para efectos de esta minuta. Como conflicto se entenderá todo desacuerdo o diferencia que se pueda dar durante el desarrollo o ejecución del contrato, derivado o relacionado con el mismo.

Actualmente, las únicas vías de resolución de conflictos en contratos de construcción de OO.PP. son la administrativa – ante el Inspector Técnico de Obra (I.T.O.) e interponiendo los respectivos recursos de reposición y jerárquico a niveles superiores – y la judicialización del conflicto en los tribunales civiles, los que genera una serie de ineficiencias e incentivos perversos que afectan a la correcta resolución de conflicto y, en consecuencia, al desarrollo de la obra.

Figura 1. Vías actuales de resolución de conflictos en contratos de OO.PP.



Fuente: elaboración propia.

En primera instancia, para la resolución del conflicto el contratista puede presentar un recurso de reposición ante el organismo que dictó el acto por el que se impugna, siendo el organismo al que se le impugna el encargado de resolver dicho recurso. Adicionalmente, existe la posibilidad de presentar un recurso jerárquico en caso de ser rechazado el de reposición, elevando la impugnación al superior jerárquico de quien haya dictado el acto, siendo esta misma autoridad la encargada de aceptar o rechazar dicho recurso. Si bien este es el procedimiento general para interponer reclamaciones ante actos administrativos relacionados con los órganos de la Administración del Estado (según los regula la Ley 19.880), claramente es insuficiente para resolver conflictos en el marco de la obra pública. Por un lado, el mandante es quién evalúa el recurso del contratista contra una decisión que él mismo ha emitido – siendo, así, juez y parte en el proceso -, y que, además, afecta directamente al desarrollo de un proyecto del que él está a cargo, por lo que tiene un fuerte incentivo a no aprobar modificaciones en el mismo que puedan repercutir en su valoración como encargado del proyecto (como un aumento en el plazo de ejecución o en los costos finales).

Como segunda vía de reclamación, existe la posibilidad de que el conflicto se dirima judicialmente, en un camino que empieza en los juzgados civiles y que puede pasar a la Corte de Apelaciones y a la Corte Suprema. Si bien ésta es ya una vía externa a ambas partes, presenta serios problemas para poder ser considerada como eficiente y eficaz en la resolución de este tipo de conflictos. En primer lugar, los

tribunales no cuentan con un conocimiento específico en el ámbito de la construcción (sobre todo en el aspecto técnico) ni con una dedicación exclusiva a este tipo de conflictos, con lo que, además de este tipo de causas, deben atender cualquiera otra causa civil, lo que hace que el tiempo esperado para la resolución del conflicto se extienda significativamente. Por otro lado, este tipo de procesos tiene un costo en términos de contratación de representantes en el proceso, informes, etc., que no es fácilmente asumible por todas las empresas contratistas. Estos costos adicionales disuaden a las empresas con menor capacidad financiera, cuyos conflictos no se han resuelto por la vía administrativa, de continuar la reclamación por la vía judicial, lo que deja sin oportunidad de acudir a una instancia externa a estas empresas.

3. Propuesta de Mecanismo de Resolución Temprana de Conflictos (MRTC)

Desde su introducción en la década de los 70, los *Dispute Boards* han aumentado su popularidad en los contratos de construcción como mecanismo de resolución temprana de conflictos, debido a su eficiencia y rapidez a la hora de prevenir y enfrentar desavenencias durante el desarrollo de los mismos. En la actualidad, existen tres tipos de *Dispute Boards*, los *Dispute Review Boards*, los *Dispute Adjudication Boards* y los *Combined Dispute Boards*, siendo la mayor diferencia entre ellos los efectos de las decisiones de los paneles técnicos que los componen: en el caso de los *Review Boards*, emiten recomendaciones que no tienen carácter vinculante; los *Adjudication Boards*, por su parte, emiten decisiones cuyo carácter sí es vinculante para las partes; y los *Combined Dispute Boards* pueden emitir una recomendación no vinculante o una decisión vinculante dependiendo de las características del conflicto. En todos ellos, no obstante, se mantiene la característica común a este tipo de mecanismos, la creación de un panel técnico que, desde el inicio del contrato, realice un seguimiento de este e interactúe de forma directa con las partes con el fin de prevenir y resolver los posibles conflictos que puedan surgir.

La labor de este tipo de mecanismos como método para la resolución de los conflictos en los contratos de construcción se ha manifestado como eficaz. Así, de acuerdo a datos recopilados por la *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF) - organismo encargado de promover el uso de este tipo de mecanismos - en relación al uso internacional de estos mecanismos¹, en los últimos 20 años las disputas generadas en los contratos que contaban con este tipo de mecanismo se resolvieron en un 75,5% de las ocasiones². De la misma forma, la propia DRBF sitúa el costo total, en promedio, de los *Dispute Boards* entre 0,1% y 0,25% del costo total de los proyectos³, aunque señala, no obstante, que el costo se mantiene constante a pesar de que el tamaño de los mismos no varíe – lo que indica que este mecanismo es más efectivo, en cuanto a costos, cuanto mayor sea el proyecto -.

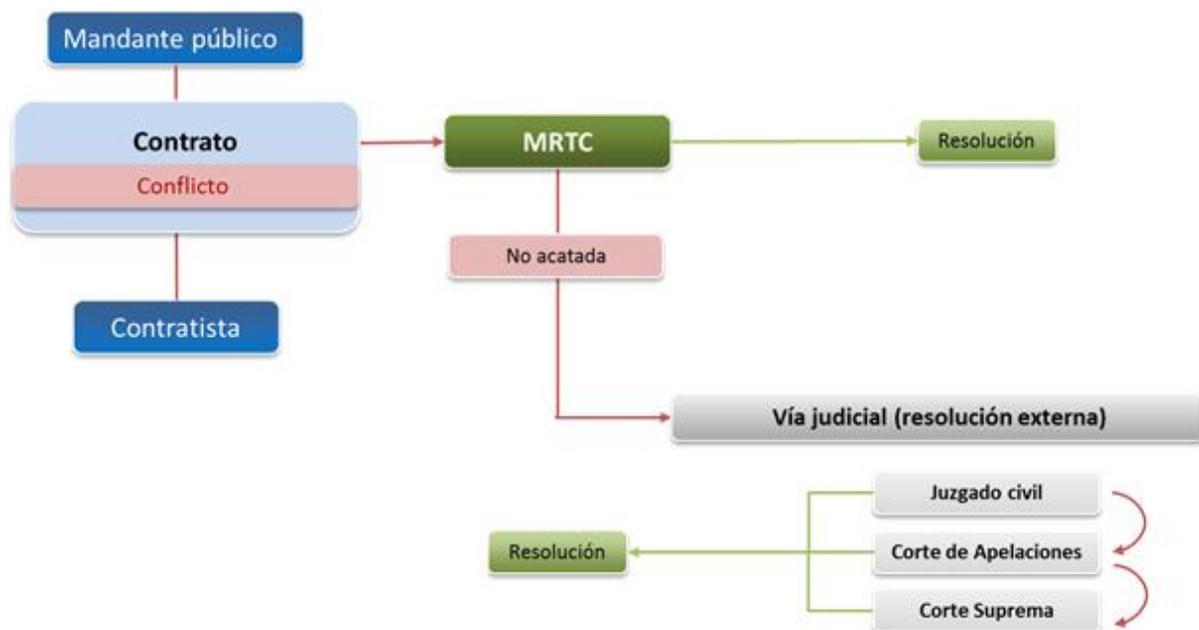
¹ Disponibles en: <https://drb.org/publications-data/drb-database/>

² La base de datos de la DRBF para los últimos 20 años considera 2.339 proyectos en los que se registró el uso de *Dispute Boards*. En estos, surgieron un total de 2.221 disputas de las cuales 1.677 se resolvieron.

³ Haggings, J. 2015. Dispute Boards: Counting the Cost. *DBRF Forum*, Volumen 19 Nº 1, Abril/Mayo 2015, p 10.

Considerando lo anterior, y como alternativa a la situación actual, se propone la creación de un MRTC similar a estos *Dispute Boards*, que actúe durante la vida del contrato efectuando un seguimiento del desarrollo del mismo y mediando en los conflictos que se generen entre el contratista y el mandante. Así, este mecanismo sustituiría a la vía administrativa, acompañando desde el inicio la evolución de la obra y mediando entre las partes en caso de que exista algún conflicto, emitiendo, en un plazo máximo de 30 días, decisiones vinculantes en relación a estos – como lo haría un *Dispute Adjudication Board* - sin perjuicio de que el no cumplimiento de las mismas pueda ser llevado a los tribunales ordinarios o a alguna instancia arbitral⁴. El MRTC estaría compuesto por un panel de 1 o 3 miembros, dependiendo de la magnitud de contrato, y su costo sería financiado a medias por el mandante y el contratista.

Figura 2. Propuesta Mecanismo de Resolución Temprana de Conflictos (MRTC).



Fuente: elaboración propia.

4. Impacto económico

4.1. Consideraciones generales

Para valorar el impacto económico que tendría el uso de un MRTC en los contratos de OO.PP., es necesario comparar los costos involucrados en el escenario actual de resolución de conflictos y el escenario con el MRTC, con el fin de obtener la diferencia entre ambos que indicará el ahorro neto de un escenario en relación al otro. Adicionalmente, a la hora de cuantificar estos costos, es importante

⁴ Si bien la instancia arbitral es generalmente considerada en este tipo de mecanismos, esta opción no se considera como alternativa en la propuesta presentada.

considerar el concepto de costo de oportunidad, que corresponde al uso alternativo de los recursos utilizados para cierto propósito.

Así, la Tabla 1 muestra los costos a considerar en el caso del escenario actual para el mandante público y el contratista privado, tanto en la vía administrativa como judicial. En el caso del mandante, los costos de utilizar la vía administrativa son aquellos asociados a los medios necesarios para el análisis y resolución de los recursos presentados por el contratista, mientras que los asociados a la vía judicial son aquellos relativos a la representación en el proceso (mediante el Consejo de Defensa del Estado, la fiscalía del organismo, etc.). Para los primeros, es previsible que la diferencia no sea significativa con respecto a un escenario sin vía administrativa – como el de del MRTC propuesto -, ya que hacen uso de recursos ya asignados a la institución, pero en el caso de los segundos, estos sí suponen un costo adicional al estar involucrados otros organismos cuya función específica es la de litigar y que reciben sus asignaciones presupuestarias en función de su volumen de trabajo.

Tabla 1. Costos involucrados en el escenario actual.

	Vía administrativa	Vía judicial
Mandante	<ul style="list-style-type: none"> Costo de los medios necesarios para el estudio y gestión de los recursos. 	<ul style="list-style-type: none"> Costo de la representación en el proceso (CDE, fiscalía del organismo, etc.).
Contratista	<ul style="list-style-type: none"> Costo de los medios necesarios para la presentación de los recursos. 	<ul style="list-style-type: none"> Costo de la representación en el proceso (representación privada).

Fuente: elaboración propia.

Por su parte, el contratista tendrá - al igual que el mandante - costos para la generación de los recursos en la vía administrativa y para la representación en el proceso judicial. A diferencia del mandante, en el caso del contratista los costos administrativos sí serán, previsiblemente, relevantes, ya que a la hora de efectuar los recursos en dicha vía suele ser común la presentación de estudios técnicos y jurídicos externos que respalden la postura del contratista. En relación a los costos de representación en la vía judicial, estos se referirán a representación del mandante en el proceso.

En el caso de los costos asociados a la implantación del MRTC, serían sufragados a partes iguales por el contratista y el mandante, considerando un costo fijo por la creación del panel de expertos que realizará el seguimiento durante la obra y un costo variable en función de las veces que sea invocado para resolver una disputa.

Considerando los costos para el mandante y el contratista en ambos escenarios, la implantación del MRTC dependerá de si existe una diferencia positiva – ahorro neto - entre los costos de ambos. De una manera más formal, esto se cumplirá cuando:

$$\begin{array}{c}
 \text{Costos totales esperados} \\
 \text{escenario con MRTC.}
 \end{array}
 \qquad
 \begin{array}{c}
 \text{Costos totales esperados} \\
 \text{escenario actual.}
 \end{array}$$

$$\underbrace{(1 - \alpha) * CT'_{MRTC}}_{\text{No hay conflicto, pero la creación del MRTC tiene un costo.}} + \alpha * \underbrace{[\beta * CT_{MRTC} + (1 - \beta) * (CT_{MRTC} + CT_{Judicial})]}_{\text{Existe un conflicto en el que el MRTC media. Se puede resolver o pasar a la vía judicial.}} \leq \alpha * \underbrace{(CT_{Adm} + CT_{Judicial})}_{\text{Existe conflicto, se siguen las vías administrativa y judicial}}$$

donde:

- CT_{Adm} son los costos totales de utilizar la vía administrativa.
- $CT_{Judicial}$ son los costos totales de utilizar la vía judicial.
- CT_{MRTC} son los costos totales de utilizar el MRTC, que se descomponen en los gastos fijos del panel (CT'_{MRTC}) y los gastos de las disputas en las que el panel hace de mediador.
- α es la probabilidad de que ocurra un conflicto.
- β es la probabilidad de que el conflicto se solucione recurriendo al MRTC.

Dentro del ahorro neto obtenido en la aplicación del MRTC, es necesario considerar el costo de oportunidad de los montos involucrados a efectos de obtener un valor que represente realmente el impacto económico del MRTC. Para ello, el cálculo difiere ligeramente entre los costos de oportunidad de los fondos privados y los públicos.

Para los fondos privados, el costo de oportunidad vendrá dado por la inversión alternativa de los recursos adicionales durante el tiempo que no fueron usados. En este cálculo, además de con los costos detallados anteriormente, el contratista también obtendrá un beneficio económico con la reducción en el tiempo de resolución del conflicto (como en el caso del uso del MRTC), al eliminarse la demora en recibir la eventual compensación reclamada⁵ y poder invertir ese dinero en un uso alternativo.

Por su parte, en el caso del costo de oportunidad para los fondos públicos, la interpretación puede ser más compleja. Por un lado, se puede considerar que todos los fondos públicos poseen el costo de oportunidad de ser utilizados en el sector privado, en la medida que posean su fuente en la estructura impositiva, la cual genera distorsiones sobre las decisiones de consumo e inversión de los agentes económicos. Así, desde el punto de vista teórico, los fondos públicos utilizados en materias de judicialización podrían tener un costo de oportunidad si es que se aborda desde un enfoque de *deadweight loss* asociado a los efectos de la tributación. Por otro lado, se pueden considerar los usos alternativos de los fondos públicos, por lo que, los fondos dedicados a la judicialización de los contratos podrían tener un uso alternativo en proyectos que generen rentabilidad social. En este caso, se ha tenido en cuenta el primer enfoque, por lo que se considera que los fondos adicionales destinados a la judicialización de los procesos tienen un costo de oportunidad para el país derivado de su recaudación.

⁵ En este caso, se contempla sólo el caso en el que un contratista privado reclama un monto al mandate privado, al considerarse que para la situación contraria existen mecanismos dentro del propio que permiten el cobro, como las boletas de garantía.

4.2. Cálculo del impacto económico

A la hora de aplicar lo descrito anteriormente y calcular el impacto económico de implantar un MRTC, surge el problema de la disponibilidad de la información para generar un valor a nivel agregado de país. En primer lugar, no existen datos públicos y sistematizados sobre los conflictos registrados en los contratos de obra entre mandantes públicos y contratistas privados, así como tampoco una sistematización a nivel nacional de las causas jurídicas derivadas de estos conflictos. A este respecto, se dispone de los datos utilizados en el estudio “Impacto económico de los juicios civiles en los contratos de construcción con mandantes públicos y privados – Región Metropolitana (2010-2015)” realizado por Wagemann & Cía en octubre de 2016, que recoge las causas civiles relativas a contratos de construcción en la Región Metropolitana para el periodo 2010 – 2015.

Por otro lado, no existen datos que reflejen el costo de representación de los privados en los juicios de construcción o de los informes utilizados en los recursos administrativos - al ser estos acuerdos entre privados cuyos datos no son públicos -, como tampoco una fuente detallada de los recursos públicos involucrados en la resolución de los conflictos.

Considerando lo anterior, con la información disponible, se ha estimado el costo de oportunidad para los contratistas por la ausencia de un MRTC en los casos en los que han enfrentados causas civiles derivadas de conflictos en contratos construcción, así como una aproximación al costo que supone para el Estado que el Consejo de Defensa del Estado participe en estas causas.

a) Impacto económico para los privados

En el cálculo del impacto económico para los privados, se ha partido de los datos del estudio de Wagemann & Cía. “Impacto económico de los juicios civiles en los contratos de construcción con mandantes públicos y privados – Región Metropolitana (2010-2015)”, considerando los casos de juicios de construcción por conflictos⁶ entre contratistas de obras públicas y organismos públicos, en los que los primeros demandaron a los segundos. Así, se contó con un total de 52 causas – resueltas o no – en juzgados civiles de la Región Metropolitana durante el periodo 2010 – 2015.

De estas 52 causas consideradas, 15 ya se encontraban con sentencia, mientras que 37 aún estaban sin resolver en el momento en que se recogieron los datos. En las primeras, el valor promedio (en valores actualizados a 2016) del contrato es de \$ 2.176 millones, mientras que la reclamación promedio fue de \$ 606 millones. En el caso de las causas pendientes, el valor promedio del contrato es de \$ 8.540 millones, reclamando en promedio \$ 3.428 millones.

⁶ En el estudio, se define “Juicio de Construcción” como “todo proceso judicial civil en donde una o ambas partes es una empresa constructora y que dice relación con una discusión de lato conocimiento referido al incumplimiento de un contrato”, por lo que se excluyen “los juicios referidos al cobro de instrumentos mercantiles (cobro de cheques, facturas, letras o pagarés), los recursos de protección, las expropiaciones, las servidumbres y las denuncias de obra nueva o ruinosas”.

Tabla 2. Causas consideradas en la estimación en privados, pesos chilenos a 2016.

	Causas resueltas	Causas sin resolver
Número de causas	15	37
Monto promedio del contrato (\$)	2.175.628.729	8.539.519.370
Monto promedio de la reclamación (\$)	606.014.662	3.427.573.839

Fuente: elaboración propia a partir de datos informe Wagemann & Cía.

A partir de estos datos, se ha estimado, por un lado, el costo de oportunidad para estos contratistas derivado de la demora en recibir la compensación reclamada - consecuencia del mayor tiempo de resolución de los juicios con respecto al MRTC ⁻⁷ y, por otro, el costo estimado de un MRTC en los contratos considerados. Para el primero, se ha tenido en cuenta la compensación promedio otorgada en los litigios - 10,9% sobre el monto total reclamado, obtenida a partir de las causas resueltas presentes en los datos -, el tiempo promedio de duración del proceso, el tiempo máximo de resolución de los conflictos por el MRTC - 30 días - y una rentabilidad media mensual representativa de empresas del rubro de la construcción e inmobiliario, establecida en 1,09% mensual⁸. Así, el costo de oportunidad, derivado del mayor tiempo de resolución de los juicios con respecto al MRTC para los casos considerados, fue de \$ 18.841 millones en el período 2010-2015.

Tabla 3. Costos de oportunidad para los privados, pesos chilenos nominales (salvo costo de oportunidad, en valores de 2016).

	Causas resueltas	Causas sin resolver	Total
Número de causas	15	37	52
Monto otorgado (\$)	903.319.955	-	903.319.955
Monto solicitado (\$)	8.276.256.836	115.780.389.150	124.056.645.986
Monto eventualmente otorgado (\$)	-	12.636.961.127	12.636.961.127
Costo oportunidad (\$)	1.228.665.265	17.612.748.523	18.841.413.788

Fuente: elaboración propia a partir de datos informe Wagemann & Cía. y Bolsa de Santiago.

Para el cálculo de los MRTC, se consideró un costo relativo al monto de los contratos equivalente al 0,25% del presupuesto inicial de los mismos, basado en la experiencia internacional ya detallada en la sección 3. Así, el costo total de haber implantado un MRTC en los contratos considerados hubiese sido de \$ 397 millones. Finalmente, para obtener el ahorro neto, se tiene en cuenta una probabilidad de éxito del MRTC en la resolución de los conflictos de 75,5% - de acuerdo a lo expuesto en la sección 3 -, obteniéndose una ganancia por el uso del MRTC que ascendería a \$ 13.835 millones en los contratos considerados.

⁷ Como se ha indicado anteriormente, los datos disponibles no permiten obtener una magnitud de los costos asociados a la presentación de los recursos en la vía administrativa o la representación legal en los procesos judiciales, por lo que sólo es posible estimar los costos derivados de un mayor plazo en la resolución del conflicto.

⁸ Esta rentabilidad se ha obtenido a partir de la evolución de un índice que replica las ponderaciones del actual Inmob. & Const. de la Bolsa de Santiago considerando las acciones de las empresas Besalco, Parque Arauco, Paz, Salfacorp y Socovesa, para el periodo 2010 – 2015.

Tabla 4. Ahorro neto para privados, pesos chilenos a 2016.

Costo de oportunidad total privados (\$)	18.850.421.930
Costo total MRTC (para cada una de las partes) (\$)	397.025.743
Probabilidad de éxito del MRTC	75,5%
Ahorro neto con MRTC (\$)	13.835.042.814

Fuente: elaboración propia a partir de datos informe Wagemann & Cía. y DRBF.

b) Impacto económico para el Estado

Respecto al ahorro neto que el uso de un MRTC hubiese supuesto para el Estado, los datos disponibles permiten obtener la magnitud de los recursos que el Estado moviliza a través del Consejo de Defensa del Estado (CDE) para juicios civiles del MOP. Mediante la información estadística anual relativa a la gestión de las causas en las que participa, el CDE publicó para 2013 y 2014 datos relativos al número y montos de las causas activas, los principales clientes y el tipo de procedimiento. Así, se puede observar que, en cuanto a número de procesos, el MOP fue el principal cliente del CDE, mientras que por montos involucrados en el proceso, ocupa el segundo lugar después del Ministerio de Hacienda, tal como muestran la Tabla 5 y la Tabla 6.

Tabla 5. Principales clientes CDE por número de causas, 2013 y 2014.

Cliente	2013		2014	
	Nº de causas	% del total	Nº de causas	% del total
Ministerio de OO.PP.	11.107	45,1%	9.552	36,4%
Ministerio de Defensa	4.088	16,6%	4.426	16,9%
Seremis	1.588	6,5%	3.270	12,5%
Otros organismos	7.833	31,8%	8.964	34,2%
Total clientes	24.616	100,0%	26.212	100,0%

Fuente: CDE.

Tabla 6. Principales clientes CDE por monto de las causas, 2013 y 2014, en pesos nominales.

Cliente	2013		2014	
	Monto causas (\$)	% del total	Monto causas (\$)	% del total
Ministerio de Hacienda	7.132.650.085.152	59,0%	7.096.080.564.792	59,9%
Ministerio de OO.PP.	1.360.292.147.551	11,3%	1.228.325.191.730	10,4%
Ministerio de Defensa	891.848.825.450	7,4%	827.464.758.893	7,0%
Otros organismos	2.702.940.666.877	22,4%	2.700.836.873.899	22,8%
Total clientes	12.087.731.725.030	100,0%	11.852.707.389.314	100,0%

Fuente: CDE.

En lo relativo al tipo de causas en las que el CDE representa al MOP, como muestra la Tabla 7, las más relevantes en cuanto a número fueron las expropiaciones – que supusieron un 90% y un 87% del total de causas en 2013 y 2014, respectivamente -, mientras que las causas civiles tienen mayor importancia si se consideran los montos involucrados – alrededor del 52% del total en 2013 y 2014 -. En estas últimas es donde se encontrarían las causas relevantes para el análisis, al ser las afectadas por el uso del MRTC.

Tabla 7. Tipos de causas en las que el CDE representa al MOP, 2013 y 2014.

		2013	Porcentaje total MOP	2014	Porcentaje total MOP
Expropiaciones	Causas	9.974	89,8%	8.284	86,7%
	Monto (\$)	585.592.641.128	43,0%	494.157.284.131	40,2%
Asuntos extrajudiciales	Causas	88	0,8%	184	1,9%
	Monto (\$)	2.191.859.839	0,2%	15.695.930.821	1,3%
Causa civil	Causas	668	6,0%	639	6,7%
	Monto (\$)	700.718.220.826	51,5%	638.350.190.440	52,0%
Penal oral	Causas	62	0,6%	93	1,0%
	Monto (\$)	6.142.972.378	0,5%	13.638.693.809	1,1%
Contenciosa administrativa	Causas	98	0,9%	119	1,2%
	Monto (\$)	24.264.780.800	1,8%	24.326.758.960	2,0%
Causa penal	Causas	13	0,1%	11	0,1%
	Monto (\$)	1.153.126.501	0,1%	1.152.739.179	0,1%
Trabajo o laboral	Causas	145	1,3%	170	1,8%
	Monto (\$)	40.005.064.856	2,9%	40.703.433.861	3,3%
Causas de policía local	Causas	37	0,3%	37	0,4%
	Monto (\$)	223.481.223	0,0%	300.160.529	0,0%
Medio ambiente	Causas	9	0,1%	5	0,1%
	Monto (\$)	0	0,0%	0	0,0%
Acciones constitucionales	Causas	12	0,1%	9	0,1%
	Monto (\$)	0	0,0%	0	0,0%
Cobro de honorarios	Causas	1	0,0%	1	0,0%
	Monto (\$)	0	0,0%	0	0,0%

Fuente: CDE.

Para obtener una estimación de los montos que el Estado moviliza a través del CDE en las causas de interés del MOP, en primer lugar, se asume que la distribución de los recursos asignados al CDE se relaciona proporcionalmente con la relevancia de las causas, la cual se mide por el monto involucrado en las misma. Así, a partir de la información provista por el CDE para los años 2013 y 2014, se obtiene que el 5,6% del monto total involucrado en causas del CDE en los años 2013 y 2014 corresponde a causas civiles del MOP, lo que, considerando los presupuestos asignados anualmente al CDE – tanto en concepto de personal como a nivel agregado –, se traduce en recursos asignados al CDE por valor de \$ 7.449 millones (\$ 6.180 millones si sólo se consideran los gastos de personal) para el periodo 2010 - 2016, tal como muestra la Tabla 8. Si se considera sobre estos valores una probabilidad de éxito del MRTC en la resolución de los conflictos del 75,5% -tal como como se ha hecho anteriormente -, el ahorro por el uso de este mecanismo hubiese llegado a los \$ 5.624 millones (\$ 4.666 millones considerando sólo los gastos de personal).

Tabla 8. Recursos del CDE asignados a causas civiles del MOP 2010 - 2016, valores en pesos reales a 2016.

	Gastos en personal CDE (\$)	Gastos totales CDE (\$)
2010	864.439.388	1.031.711.923
2011	860.079.673	993.846.248
2012	850.975.978	1.067.985.405
2013	893.228.749	1.074.972.935
2014	876.126.041	1.073.150.317
2015	899.489.908	1.095.266.802
2016	935.488.409	1.111.893.306
Total	6.179.828.146	7.448.826.937

Fuente: elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Hacienda, SII y CDE.

Por último, se puede estimar una aproximación del costo de oportunidad en que incurre el país al utilizar estos recursos. Utilizando la Tasa de Descuento Social definida por el Ministerio de Desarrollo Social, correspondiente a 6% anual⁹, se obtiene que este costo de oportunidad ascendió para el periodo 2010 – 2016 a \$ 5.881 millones (\$ 4.872 millones si sólo se considera el presupuesto para personal).

5. Ejemplos resolución de conflictos en la actualidad

Con el fin de complementar las estimaciones del impacto económico de la sección anterior, a continuación, se describen dos casos en los que la resolución de los conflictos siguió las vías administrativas y judicial. El objetivo es mostrar en detalle las características de estos procesos, para así tener una perspectiva cualitativa de los mismos que permita, a falta de información cuantitativa, ilustrar la complejidad y los costos asociados de las instancias administrativa y judicial como vías de resolución de conflictos. En primer lugar, se presenta el caso del Hospital Gustavo Fricke, en Viña del Mar, donde el contratista presentó por vía administrativa una petición de ampliación de plazo. Posteriormente, se presenta el caso del Hospital de Puerto Montt, en el que, en la actualidad, el contratista y el Servicio de Salud se encuentran en una disputa judicial por incumplimiento de contrato.

5.1. Hospital Gustavo Fricke

Este hospital, actualmente en ejecución, ha sufrido múltiples modificaciones a lo largo de su construcción, materializados en adéndums al contrato. Lo anterior ha llevado a desviaciones significativas en materia de plazos (30% respecto al inicial) y costos por aumento de obras (8%).

⁹ Disponible en <http://sni.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/evaluacion-iniciativas-de-inversion/evaluacion-ex-ante/metodologias-precios-sociales/>

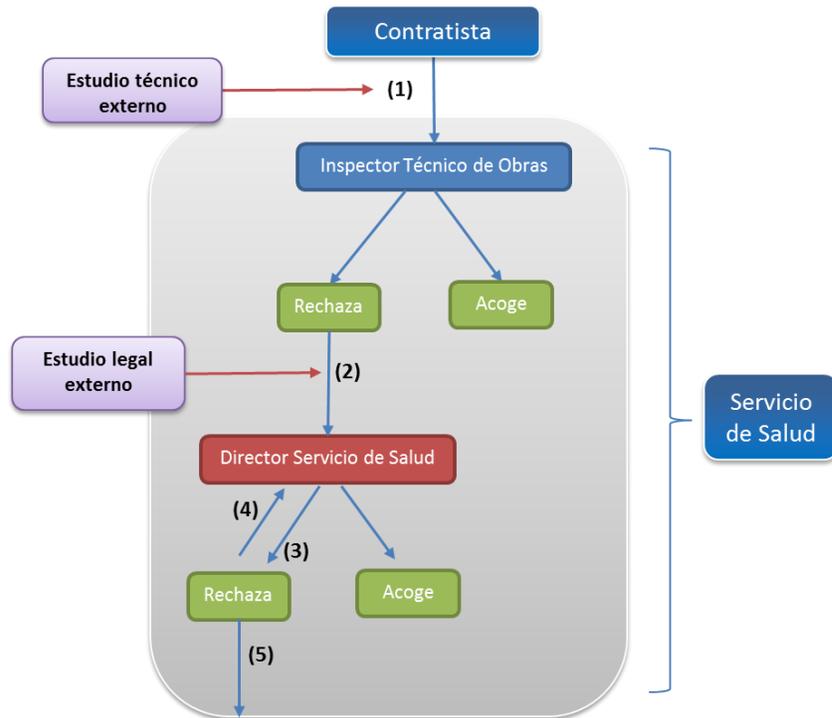
Tabla 9. Principales antecedentes Hospital Gustavo Fricke.

Empresa adjudicataria	OHL S.A.
M²	92.000
Servicio	Viña del Mar - Quillota
Monto adjudicado (c/IVA - CLP)	85.401.043.651
Fecha llamado a licitación	31-07-12
Fecha adjudicación	11-03-13
Fecha acta entrega terreno	06-06-13
Plazo inicial (días corridos)	1.280
Fecha termino inicial	07-12-16
Plazo final (días corridos)	1.667
Fecha termino estimada	29-12-17
Bases de licitación	Propias

Fuente: Servicio de Salud de Viña del Mar-Quillota

Respecto a los adéndums, estos han generado conflictividad en las relaciones entre el mandante y el contratista. Específicamente, respecto a acogimientos parciales a reclamaciones de este último, que involucraron un gasto importante de recursos en procedimientos a seguir. Esto, en especial, considerando la adenda materializada mediante la Resolución Exenta N° 3639, en la cual se aumenta el plazo de obra en 99 días corridos, en desmedro de la reclamación fundada por parte del contratista de aumentarlo en 141 días corridos con cargos a gastos generales, tal como se ilustra en la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia..**

Figura 3. Procedimiento de reclamación por parte del contratista.



Fuente: elaboración propia.

El proceso que ilustra la figura siguió los siguientes pasos:

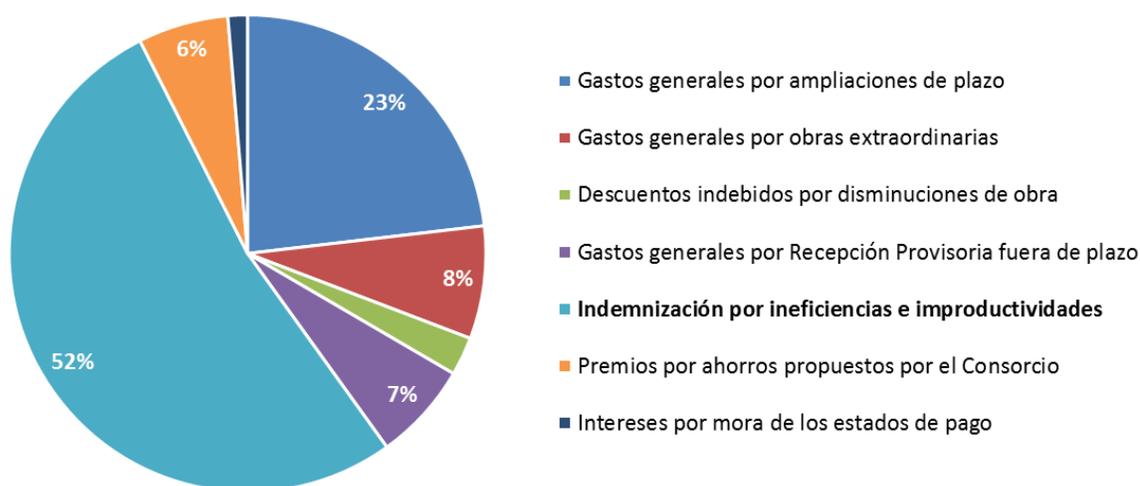
- (1) En primer lugar, mediante carta formal, se solicitó nota de cambio para ampliar el plazo de ejecución de la obra hasta los 141 días, imputándolo a los gastos generales. Tal petición adjuntó un estudio externo como evidencia de apoyo para justificar tal nota (en este caso, a IDIEM de Universidad de Chile).
- (2) El I.T.O. rechazó la nota de cambio, por lo que se interpuso la petición como recurso jerárquico, que pasa a evaluación por parte del Director del Servicio. A este recurso jurídico se adjunta estudio jurídico con justificaciones legales para la aprobación de la petición del contratista. Esta respuesta tomó 84 días corridos.
- (3) El Director, mediante Resolución Exenta, resuelve rechazar recurso interpuesto. Esta respuesta tomó 32 días corridos.
- (4) El contratista apela el rechazo del recurso mediante un Recurso Extraordinario de Revisión, el cual fue rechazado. Este procedimiento tomó 39 días corridos.
- (5) Una vez producido este último recurso, se agota la vía administrativa para la resolución del conflicto y el contratista, si lo desea, puede acudir ante Tribunales de Justicia en resguardo de sus intereses.

Como queda reflejado, el proceso administrativo requirió de varios trámites, en los que intervinieron varias instancias – que aumentan la burocracia del proceso - y en los que existió un gasto de recursos, especialmente, por parte del contratista. Adicionalmente, el procedimiento completo tomó 155 días corridos. Con el uso de un MRTC, estos procesos se hubiesen visto reducidos a una única instancia, externa, con el consiguiente ahorro en tiempo y recursos.

5.2. Hospital de Puerto Montt

En el caso del Hospital de Puerto Montt, éste se encuentra ya terminado y en operación desde abril de 2014. Sin embargo, una serie de factores derivaron en que, en abril de 2016, el contratista demandara al Servicio de Salud correspondiente en tribunales, asumiendo el Consejo de Defensa del Estado como representante de los intereses del Fisco. En esta demanda, el contratista reclamaba la cantidad de UF 567.628 + IVA (equivalente al 18% del monto final del contrato) en relación a aumentos y disminuciones de obras, obras extraordinarias y retrasos que impactaron significativamente en el plazo de ejecución, pasando éste de los 950 días a los 1.553. Desglosando la indemnización exigida, se observa lo siguiente:

Gráfico 1. Desglose monto reclamado en demanda al Fisco.



Fuente: Servicio de Salud de Reloncaví.

Como se puede ver en el Gráfico 1, gran parte del monto exigido posee estricta relación con ineficiencias e improductividades derivadas de los cambios efectuados al proyecto y por cargos no realizados a gastos generales por concepto de ampliaciones de plazo (75% del monto reclamado). De estos, destaca el porcentaje relativo a ineficiencias e improductividades, que asciende a un 52% del total demandado, el cual pone de manifiesto la importancia relativa que los conflictos no resueltos de manera temprana tienen sobre las demandas finalmente llevadas a los tribunales.

6. Conclusiones

La situación actual en la resolución de conflictos en los contratos de construcción entre mandantes públicos y contratistas privados presenta serias ineficiencias, tanto desde el punto de vista privado como público, obligando a los involucrados a destinar ingentes cantidades de recursos para solventar los mismos. La falta de un mecanismo externo a las partes y específicamente enfocado a la prevención y resolución de estos conflictos, da lugar a una situación en la que se desvían recursos productivos para resolver los procesos administrativos y se generan una serie de incentivos perversos que repercuten no sólo en la resolución de los conflictos, sino también en el buen desarrollo de la obra. Por este motivo, se propone la implantación de un MRTC, que, formado por un panel de expertos, dirima de manera imparcial los desacuerdos generados entre las partes, con el fin de evitar que estos culminen en desgastantes procesos de judicialización, aportando, además, mayor agilidad al desarrollo de las obras.

Como se ha podido ver, la implantación de un MRTC traería consigo un impacto positivo en lo relativo al ahorro de costos relacionados con la resolución de los conflictos. Sólo en el caso de los contratistas privados que durante el periodo 2010 – 2015 demandaron a un mandante público en la Región Metropolitana, en concepto de costo de oportunidad por la resolución más temprana de los conflictos, el ahorro neto hubiese sido de unos \$ 13.835 millones. Por su parte, el uso de un MRTC permitiría al Estado liberar recursos asociados a la representación en estos procesos mediante el CDE, que, de acuerdo a lo visto anteriormente, se hubieran situado alrededor de los \$ 5.624 millones para el periodo 2010 – 2016. Asimismo, los casos de los conflictos en los hospitales Gustavo Fricke y de Puerto Montt ponen de manifiesto, con ejemplos concretos, las potenciales ganancias de un MRTC a la hora de reducir instancias, trámites y costos asociados a la resolución de conflictos, permitiendo una resolución más temprana y eficaz de los mismos.