



COMUNICACIÓN INTERNA DE ACUERDOS DE JUNTA DIRECTIVA

SESION N°
2005-056
ORDINARIA

FECHA
06-09-2005

ARTÍCULO
7

INCISO
a

FECHA COMUNICACIÓN
12 de setiembre del 2005

ATENCIÓN: PRESIDENCIA EJECUTIVA, GERENCIA, SUBGERENCIA, AUDITORIA INTERNA, DIRECCIÓN JURÍDICA, CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

ASUNTO: APELACION EN SUBSIDIO INTERPUESTA POR CANTIERI
COSTRUZIONI CEMENTO S.P.A. CONTRA OFICIO SB-2005-
685.

ACUERDO
N° 2005-771

JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS. APELACION EN SUBSIDIO interpuesta por Cantieri Costruzioni Cemento S.p.A. contra oficio SB-2005-685.

ANTECEDENTES:

- 1.- Que en el transcurso de la ejecución de la Licitación Pública N° 98-32 "Construcción de Tanques de Almacenamiento" la empresa CCC Cantieri Costruzioni Cemento S.p.A. interpuso una serie de reclamos administrativos relacionados con interpretaciones contractuales y adjudicación de la responsabilidad en los sustanciales atrasos experimentados en las obras y el consecuente cobro de multas.
- 2.- Que la totalidad de los reclamos presentados por Cantieri le fueron resueltos en forma negativa por esta Junta Directiva dando por agotada la vía administrativa.
- 3.- Que la empresa en vez de acudir a la vía judicial escogió utilizar una cláusula contractual habilitante y discutir sus reclamos mediante un arbitraje que interpuso ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio.
- 4.- Que mientras se realizaba el arbitraje, y como una forma de acercarse a lo que eventualmente sería una estimación final y finiquito de obra, el AyA y la empresa Cantieri sostuvieron entre el 05 de mayo del 2004 y el 22 de junio del 2004 once reuniones en las que se establecieron de mutuo acuerdo las cantidades de materiales por rubro colocados en obra quedando pendiente únicamente lo relacionado con el rubro 614 sobre tuberías, válvulas y accesorios sobre los que existen criterios de interpretación divergentes sometidos por la empresa en parte a consideración del arbitraje.
- 5.- Que el 15 de febrero del 2005 el Tribunal Arbitral Ad-Hoc del Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio que conocía el litigio planteado por la empresa Cantieri emitió el Laudo declarando sin lugar la demanda en todos sus aspectos salvo con respecto a dos reclamos admitidos por el AyA desde la contestación de la demanda como lo son el reclamo por el costo de la segunda

prueba de presión en el tramo de tubería de salida del Tanque de Planta Baja y el costo de los estudios de suelos y extracción de núcleos.

6.- Que la empresa Cantieri inconforme con el laudo interpuso recurso de nulidad contra el mismo, el cual se encuentra en conocimiento de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

7.- Que con posterioridad, el AyA llamó a la empresa Cantieri a proseguir el proceso de elaboración de la estimación final y finiquito del contrato, en concreto lograr una negociación sobre el rubro 614 tuberías, válvulas y accesorios, para lo cual ambas partes por escrito se sometieron varias propuestas, resultando en falta de acuerdo por diferir nuevamente sobre aspectos de interpretación contractual y los alcances del laudo arbitral.

8.- Que ante lo infructuoso de las reuniones y el comienzo de imputaciones de responsabilidad al AyA y amenaza de consecuentes reclamos por parte de la empresa Cantieri por la supuesta demora y los costos que le irroga la prórroga de la garantías de cumplimiento y la permanencia de personal para atender el proceso de finiquito, la Subgerencia del AyA mediante el oficio SB-2005-493 de fecha 06 de junio del 2005 fijó los criterios bajo los cuales AyA estaría en la disposición de reunirse nuevamente con la empresa para determinar la existencia de créditos a favor o en contra respecto del rubro 614 y acordar un finiquito.

9.- En reunión sostenida con fecha 22 de junio del 2005 (véase CCC-029-05), ante el rechazo de la empresa Cantieri de los lineamientos básicos bajo los cuales se podría dar una negociación, enunciados en el oficio SB-2005-493, y la consecuente imposibilidad de encontrar puntos negociables, el AyA y la empresa acordaron que el AyA elaboraría unilateralmente una estimación final y un finiquito, y se pondría en conocimiento de Cantieri para que bajo protesta hiciera constar sus objeciones y reservas a efecto de salvar en lo que tuviera oportuno su derecho de acudir a la vía judicial. Adicionalmente la empresa manifestó su deseo de salvar todos y cada uno de los reclamos conocidos en el proceso arbitral a efecto de que si se declara la nulidad del laudo preservar su derecho a reiterarlos en la vía contencioso administrativa.

10.- Que el documento de estimación final elaborado por el AyA, consiste en una descripción ítem por ítem con las conclusiones y cierre de cantidades, de la siguiente manera: a).- para todos los ítems menos el rubro 614 “de tuberías, válvulas y accesorios”, las conclusiones y acuerdos tomados por las partes en las once reuniones efectuadas en los meses de mayo y junio del 2004 excluyendo las cuantificaciones hechas para el caso de que el Tribunal Arbitral aceptara los reclamos de la empresa Cantieri balance que arroja a favor del AyA un cobro a la empresa por la suma de veintinueve mil novecientos sesenta y nueve dólares con dos centavos de dólar y nueve millones ochocientos mil novecientos siete colones con cincuenta y un céntimos; b).- los cobros de multas pendientes y descuento ofrecido; c).-respecto del rubro 614 la aplicación de los parámetros hecha en el oficio SB-2005-493 del 06 de junio del 2005; y c).- finalmente incluyó cuatro actividades pendientes de cobro que son obligaciones contractuales a la empresa

que son: Sustitución de sistema de desagüe pluvial de la losa de techo de tanques; Costos por sustracción de tucas de madera del Tanque de Concepción; Costos de servicio de agua suministrada por el AyA durante el proceso constructivo; y Diferencia de acero de losas de piso según planos AyA contra lo ejecutado por Cantieri por un total de 42.381.933 (cuarenta y dos millones trescientos ochenta y un mil novecientos treinta y tres colones con treinta y cinco céntimos). En los certificados finales se reconocen los créditos a favor de la empresa Cantieri por pago de estudio de suelos, segunda prueba de presión y costo de instalaciones en plantel. Todos estos temas eran a ese momento de sobra conocidos mediante documentos parciales de previo por la empresa.

11.- Que mediante el oficio SB-2005-606, la Subgerencia el 20 de julio del 2005 puso en conocimiento de la empresa el documento de estimación final unilateral y los borradores de los finiquitos de obra para que la empresa según fue acordado hiciera constar su protesta y puntualizara sus objeciones.

12.- Que la empresa mediante el oficio CCC-029-05 del 25 de julio del 2005, presentó recursos de revocatoria con apelación en subsidio contra lo dispuesto en el oficio SB-2005-606 en relación con el plazo de tres días hábiles concedido para hacer constar su protesta y objeciones y contra la advertencia de que para el caso de que no se depositaran las sumas en cobro se ejecutarían en lo pertinente las garantías de cumplimiento.

13.- Que la Subgerencia acogió el recurso de revocatoria y amplió el plazo para que la empresa hiciera constar su protesta y objeciones a efecto de salvar sus derechos para acudir a vía judicial hasta el 16 de agosto del 2005.

14.- Que mediante nota CCC-031-05 de fecha 16 de agosto del 2005 el Lic. Ricardo González Mora actuando como supuesto apoderado especial de Cantieri y diciendo que tiene un poder generalísimo en proceso de inscripción en el Registro Público, presenta como objeciones de la empresa el que el documento de Estimación Final enviado no ha sido elaborado de común acuerdo y por lo tanto no puede valer como tal, que no se ha seguido el formato de estilo razón por la que no entienden ni pueden verificar las cantidades y sumas que se indican, que por lo anterior se niegan a firmar el finiquito de obra enviado y manifiestan su disposición a negociar lo relacionado con el rubro 614.

15.- La subgerencia mediante oficio SB-2005-685 en virtud de que la empresa no depositó dentro del término conferido las sumas que adeuda según lo consignado en la estimación final y finiquito de obra enviados, ordena ejecutar en lo pertinente las garantías de cumplimiento y concede el plazo de cinco días que señala el artículo 16.2.1 del Reglamento de Contratación Administrativa.

16.- Mediante oficio CCC-032-05 de fecha 23 de agosto la empresa Cantieri interpone recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra el oficio SB-2005-685. La subgerencia mediante el oficio SB-2005-692 rechaza el recurso de revocatoria y da traslado a la Junta Directiva de la Apelación..

17.- Es oportuno considerar respecto de los principales alegatos de la empresa:

1.- De los acuerdos y reuniones sostenidos por las partes en los meses de mayo y junio del 2004 como resultado de la revisión de cantidades en todos los rubros menos el 614 respecto del cual no hubo acuerdo, resultaron sumas a pagar o devolver a favor del AyA salvo que el Tribunal Arbitral diera la razón a la empresa en sus reclamos. De igual forma los cobros por sustitución del sistema de desagüe pluvial de la losa de techo, los costos por sustracción de tucas de madera en el Tanque de Concepción , los costos por servicios de agua y los costos por reducción en el porcentaje de acero según propuesta de cambio de CCC del sistema constructivo de soporte del entrepiso pretensado surgen sumas y obligaciones conocidas y aceptadas por las partes en su momento razón por la que no se comprende su rechazo en este momento,

2.- La falta de cumplimiento del procedimiento previsto para la Estimación Final y elaboración del finiquito es una consecuencia de la negativa real de Cantieri de negociar dentro en congruencia con la conducta aceptada por sus representantes durante la ejecución de la obra. No puede el AyA dejar abierto indefinidamente este proyecto por la negativa de la empresa de aceptar sus propios actos.

3.- El Recurso de Nulidad contra el laudo no tiene en estricto sentido jurídico un efecto suspensivo sobre lo resuelto en firme en la vía administrativa en relación con los reclamos de Cantieri. Incluso para el caso de declararse la nulidad del laudo, sería la empresa la obligada a desvirtuar en la vía judicial la improcedencia de lo resuelto y actuado por el AyA, persistiendo la ejecutoriedad y ejecutividad de los actos administrativos adoptados por esta Junta Directiva hasta sentencia judicial en contrario, razón por la que la pendencia del Recurso de Nulidad no le puede ser aceptada como razón que imposibilite el cobro de las sumas que adeuda la empresa al AyA.

4.- Los intereses que se cobran lo son por la deuda contraída en su oportunidad al no pagar las multas impuestas al momento de su cobro.

5.- Los reclamos sobre el rubro 614 que a destiempo y en contradicción con lo acordado y actuado por las partes en su momento se hacen ahora se consideran contrarios a la buena fe contractual, ya que atentan contra la previsibilidad y constancia de la conducta de una de las partes. En su momento Cantieri no opuso reclamo, objeción o salvedad alguna sobre la negociación hecha entre las partes, recurriendo a desconocer la conducta de su Ingeniero Residente quien en su momento actuó con amplio poder de decisión sabiendo que en contratos de obra las decisiones de orden técnico conllevan consecuencias económicas.

6.-El alegato de que durante la ejecución del rubro 614 debieron confeccionarse órdenes de cambio que le dieran a la empresa plazo adicional y derecho a renegociar la totalidad del precio de todos los accesorios, válvulas y tuberías, ha sido rechazado en firme por el AyA razón por la que no resulta de recibo, además de que constituye reiteración de un alegato presentado en el arbitraje y no acogido por el laudo arbitral. La imposibilidad de revisar esta posición del AyA les fue claramente indicado en la nota SB-2005-493, y es la persistente reiteración de este

reclamo por parte de Cantieri que imposibilita cualquier negociación respecto del rubro 614.

7.- Sobre la petición de negociar una estimación final sin referirse a las cantidades favorables al AyA según acuerdo de las partes en las reuniones de mayo a julio del 2004, la aceptación de los créditos por actividades pendientes de cobro y la aceptación de los lineamientos o marco de negociación del rubro 614 que se les hiciera en el oficio SB-2005-493, se constituye en una mera enunciación sin contenido posible y no puede entenderse como cosa diferente de un recurso de dilación que debe ser rechazado.

8.- En relación con la decisión de ejecutar la garantía de cumplimiento, además de advertir que se recurre a esto por cuanto la empresa ha incumplido con realizar el pago de sus deudas con el AyA. Nótese que tanto el Reglamento de Contratación Administrativa en sus artículos 16.2.1 y 36 y 36.4, como la doctrina más autorizada de la contratación administrativa (Véase, Dormí Roberto, Licitación Pública, Imprenta Fareso S.A., Madrid España, 1999, pag 531 “alcance de garantía contractual”) señalan que la garantía de cumplimiento existe para asegurarse de que el contratista no incumpla con las obligaciones contractuales a su cargo y las derivadas de su vínculo contractual, así como de todo daño y perjuicio que cause a la Administración y las multas que le sean impuestas. De esta manera los cobros por multas, descuento ofrecido, sumas pagadas de más y otros cargos que se detallan en la estimación final remitida constituyen obligaciones directas inherentes al contrato y la negativa del contratista a cumplir con ellas permite la ejecución de la garantía. Debe rechazarse la interpretación restrictiva de que dicha garantía solo lo es respecto de las condiciones de la obra adjudicada y no de todas las obligaciones contractuales sin distingo como lo señala el artículo 16.2.1 del Reglamento General de Contratación Administrativa.

POR TANTO:

Con fundamento en todo lo antes expuesto se declara sin lugar la apelación interpuesta en subsidio por la empresa Cantieri Costruzioni Cemento S.p.A. A partir del día hábil siguiente a la notificación del presente acuerdo, corre el plazo de cinco días hábiles otorgados en virtud de los artículos 14 de la Ley de Contratación Administrativa y 16.2.1. del Reglamento General de la Contratación Administrativa. En dicha audiencia deberá la empresa manifestar las consideraciones que a bien tengan, y manifestar su aceptación o rechazo expreso de los lineamientos de negociación sobre el rubro 614 contenidos en el oficio SB-2005-493. Se da por agotada la vía administrativa. **Notifíquese. Comuníquese.**

ACUERDO FIRME.-.

**Licda. Rosa María Martínez Guillén
Secretaria de Actas**