**San José, 1° de diciembre de 2017**

**Criterio N° 640-DJ/CAD-2016**

***Licenciado***

***Wilbert Kidd Alvarado, Jefe***

**DEPARTAMENTO DE PROVEEDURÍA**

#### *Su Despacho*

Estimado señor:

 En atención al oficio No. 5454-DP/26-2017, del 25 de octubre del año en curso, suscrito por su estimable persona, mediante el cual consulta acerca de la posibilidad de realizar pagos anticipados al amparo del artículo 35 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, dentro de la Licitación Pública No. 2013LN-000023-PROV, correspondiente al Reforzamiento Estructural del edificio de la Corte, así como para el caso de la Licitación Abreviada 2015LA-000073-PROV, denominada “Remodelación de la Sala de la Corte Plena en el edificio de la Corte Suprema de Justicia”, se atiende su consulta en los siguientes términos:

 Si bien es cierto, el artículo 35 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, contempla la posibilidad de pago anticipado en la materia, no puede obviarse que, tratándose de obra pública, el numeral 3 inciso 1 del “Reglamento para el Reajuste de Precios en los Contratos de Obra Pública de Construcción y Mantenimiento”, se refiere de manera específica a este mismo tema, al regular que:

*“Artículo 3º-****Definiciones****.*

*1.* ***Adelanto****: Es el monto, que en forma adelantada durante la ejecución del contrato, se concede al contratista a solicitud de éste, en contratos de obra pública de construcción o mantenimiento. El adelanto será destinado exclusivamente para cancelar insumos de los costos directos del proyecto que se encuentren en los predios de la obra al momento de efectuar la estimación mensual del pago.*

*Como excepción, se considerarán adelantos, cuando éstos sean para destinarlos a la preparación de elementos fuera de la obra o la importación de bienes que de acuerdo al cartel deban incorporarse en la obra contratada. Se podrá conceder al contratista más de un adelanto cuando así se requiera y se pacte en una obra determinada.*

*Para que procedan los adelantos, la Administración Contratante debe haber quedado dispuesta en el cartel a concederlos y el contratista debe haberlo solicitado en su oferta, así como justificar debidamente su solicitud.”* (énfasis agregado).

Debe tenerse en cuenta además, que la anterior regulación, es norma de carácter especial en materia de obra pública, y por tanto, priva sobre la disposición general del artículo 35 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

 Interesa hacer énfasis en que, tal como lo señala el último párrafo de la norma trascrita en lo conducente, para que proceda un adelanto de pago, se deben cumplir dos requisitos, a saber, que el cartel haya previsto (y regulado) esa posibilidad y que en la oferta se haya solicitado (y justificado tal solicitud).

 Por su parte, en el caso concreto de la Licitación Pública No. 2013LN-000023-PROV, su cláusula 2.1.58 indicó que *“No se admitirán ofertas que establezcan pago anticipado*.”, mientras que en la Licitación Abreviada 2015LA-000073-PROV, se incluyó idéntico texto en la cláusula 2.1.52.

La Contraloría General de la República también se ha referido a este tema, ya que mediante criterio No. 11775 del 18 de agosto de 2015 (DCA-2036), advirtió que, de conformidad con el artículo 3 del Reglamento para el Reajuste de Precios, para que proceda un adelanto de pago *“…la Administración Contratante debe haber quedado dispuesta en el cartel a concederlos y el contratista debe haberlo solicitado en su oferta, así como justificar debidamente su solicitud.”,* y además agregó:

*“…dicha posibilidad se debe encontrar dispuesta expresamente en el cartel, puesto que los potenciales oferentes deben considerar lo anterior al momento de elaborar sus propuestas, lo cual conlleva a que también desde el cartel deben encontrarse definidos de antemano los montos o porcentajes de tales adelantos o anticipos, en resguardo del principio de igualdad que impera en esta materia. Así, si la Administración está anuente a retribuir por adelantado los insumos de los costos directos incurridos por el contratista durante la ejecución de la obra bajo los parámetros indicados, o bien, en concederle un porcentaje del monto que deberá invertir para llevar a cabo la obra, de previo al inicio de ésta, los oferentes deben conocer las respectivas condiciones para que se encuentren definidas las reglas y topes que operan, y así evitar que se desnaturalice la figura y se convierta en un tema de negociación posterior entre la Administración y el adjudicatario.”* (lo subrayado no corresponde al original).

Del anterior criterio, destaca la consideración de que un pago por adelantado requiere necesariamente haber sido contemplado en los pliegos de condiciones, y según la Contraloría General de la República, ello obedece a que sólo de esa manera se resguarda el principio de igualdad, se permite a los oferentes contemplar los anticipos para elaborar sus propuesta y conocer las condiciones y topes que operarán, se definen los montos o porcentajes correspondientes, y se evita que se desnaturalice la figura, ya que no es un tema de negociación posterior, sino que -considera el Ente Contralor- se debe detallar en el cartel el procedimiento para solicitar, cancelar y reajustar los adelantos que se lleguen a dar.

Por lo anterior, valorando lo establecido en el artículo 3 del “Reglamento para el Reajuste de Precios en los Contratos de Obra Pública de Construcción y Mantenimiento”, así como lo indicado por la Contraloría General de la República en el criterio supra indicado, considera esta Dirección que desde el punto de vista jurídico, no es posible modificar la forma de pago establecidas en los pliegos de condiciones de las licitaciones que nos ocupan, y por tanto, no se pueden realizar pagos anticipados dentro de la Licitación Pública No. 2013LN-000023-PROV y la Licitación Abreviada 2015LA-000073-PROV, ya que para ello se requería autorización expresa en los carteles, así como la regulación de los procedimientos a seguir para tramitar adelantos de pago, pese a lo cual, en ambas licitaciones, la Administración optó expresamente por prohibir esa posibilidad.

 El presente criterio se suscribe con base a lo dispuesto por el Consejo Superior en sesión N° 108-17, celebrada el 30 de noviembre de 2017, artículo LVIII.

Atentamente,


####

Elaborado por: Lic. Juan Carlos Orozco Quirós, Asesor Jurídico.-

c: Ref: 332-2015.-

jucar.-