

OPINIÓN LEGAL NO.005-2016

“ANTICIPO DE FONDOS EN UN CONTRATO DE LLAVE EN MANO.”

OFICINA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN Y ADQUISICIONES DEL ESTADO (ONCAE).-AREA LEGAL.- Tegucigalpa Municipio del Distrito Central el día uno (1) de febrero de 2016.

VISTO: Para emitir opinión legal en relación al oficio de fecha a 29 de enero del año en curso a solicitud de la dirección de esta oficina a fin de dar respuesta conforme a derecho a la consulta planteada.- Girada dicha comunicación para su conocimiento a la asesoría legal el día uno (1) de febrero de 2016, esta se pronuncia así:

ANTECEDENTES:

Primero: En fecha a 29 de enero del año en curso se recibió en la comunicación del Abogado Manuel de Jesús Luna Gutiérrez en su condición de Secretario General de la Secretaría de Seguridad en consulta sobre **si procede conceder (negociar) el 15% de anticipo de fondos a la empresa extranjera** que se le ha adjudicado un contrato de obra pública especializada de seguridad nacional el cual se financiará con **fondos nacionales**.

FUNDAMENTO DE DERECHO:

PRIMERO: De conformidad al **artículo 22** de la Ley de Contratación del Estado (LCE) referente a la aplicación de legislación nacional este establece que **los contratos que celebre la Administración con personas naturales o jurídicas extranjeras, se someterán a la legislación nacional**, así como, a la jurisdicción y competencia de los tribunales de la República.

SEGUNDO: El **artículo 64** de la Ley de Contratación del Estado (LCE) precisa que Contrato de obra pública es el celebrado por la Administración con una o más personas naturales o jurídicas, para la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de bienes que tengan naturaleza inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo, a cambio de un precio.

Se consideran también los Contratos de obra pública denominados **“llave en mano”** de acuerdo con los cuales el contratista se obliga a proporcionar, mediante un único Contrato, todos o algunos de los siguientes elementos: Los diseños técnicos, servicios de ingeniería, financiamiento, construcción, así como, en su caso, el terreno necesario o el suministro e instalación de plantas, equipos u otros similares, incorporadas a la obra.

TERCERO: Constituyen un derecho del contratista según el **artículo 124** de la Ley de Contratación del Estado (LCE) numeral 1) el Derecho a la plena ejecución de lo pactado, salvo los supuestos de resolución y modificación establecidos en esta Ley;

CUARTO: El **artículo 28** de la Ley de Contratación del Estado (LCE) referente a los pagos al contratista establece que el precio será cierto y determinado y se pagará al contratista de acuerdo con la ejecución real de las prestaciones a su cargo, **sin perjuicio de la consideración de pagos anticipados** según lo previsto en disposiciones especiales de esta Ley... así mismo el **artículo 73** de Ley de Contratación del Estado (LCE) insta que el precio se pagará de acuerdo con las cantidades de obra ejecutada, **sin perjuicio de la entrega de un anticipo de conformidad con la Ley**, cuando así se hubiere convenido; podrá pagarse también el valor de los materiales almacenados para ser usados en la obra, si así se estipulare en los documentos de licitación previas las comprobaciones correspondientes.

QUINTO: De conformidad a el **artículo 101** del Reglamento de la Ley de Contratación del Estado (RLCE) referente al contenido específico en licitaciones de obra pública este establece que los pliegos de condiciones para la contratación de obras públicas, incluirán, según fuere su naturaleza, los siguientes conceptos: **A. Condiciones generales y normas de procedimiento:** a) ,b), c), d) e), f), g) h), i), j), k), l) . **B. Bases Contractuales:** a) ,b), c) **Condiciones y modalidades de pago, incluyendo pagos parciales por obra ejecutada y anticipo de fondos, cuando proceda, indicando su monto y garantía...**

SEXTO: El **artículo 179** del Reglamento de la Ley de Contratación del Estado (RLCE) indica claramente que **Si así estuviere previsto en el contrato**, deberá hacerse efectivo al contratista el anticipo a cuenta del precio, previa presentación de la garantía a que hace referencia el artículo 105 de la Ley.

El anticipo no podrá exceder del veinte (20%) por ciento del precio del contrato y estará **destinado exclusivamente a gastos de movilización y a su inversión en materiales, equipos o servicios directamente relacionados con la ejecución de la obra.**

El contratista estará obligado a presentar a la Administración informes sobre la inversión del anticipo, los cuales serán objeto de comprobación por el Supervisor designado. Su monto será reconstituido mediante retenciones proporcionales que se practicarán al contratista a partir del primer pago parcial por obra ejecutada, de manera que el último saldo se retendrá del pago final, quedando dichas retenciones sujetas a la liquidación final a que se refiere el artículo 212 de este Reglamento.

SEPTIMO: Conforme al **artículo 105** de la Ley de Contratación del Estado (LCE) **Cuando se pacte un anticipo de fondos** al Contratista la cuantía será no mayor del veinte por ciento (20%), éste último deberá constituir una garantía equivalente al cien por ciento (100%) de su monto. El anticipo será deducido mediante retenciones a partir del pago de la primera estimación de obra ejecutada, en la misma proporción en que fue otorgado. En la última estimación se deducirá el saldo pendiente de dicho anticipo. La

vigencia de esta garantía será por el mismo plazo del contrato y concluirá con el reintegro total del anticipo.

OCTAVO: Las Disposiciones Generales del Presupuesto de la República para el año 2016 **DECRETO No.168-2015**, publicadas en el diario oficial La Gaceta el viernes 18 de diciembre del 2015. NUM. 33,912, en su **artículo 71** regula: **Solamente se autorizará pagos que impliquen anticipo de fondos para contratos de obra pública de conformidad a lo establecido en la Ley de Contratación del Estado, los que no deben exceder del quince por ciento (15%) del monto total del contrato.**

En los casos de contratos de construcción de obras y de seguros derivados de convenios internacionales, el anticipo se autorizará en la forma y cuantía que establezca la normativa del Organismo Financiero.

A los contratistas extranjeros se les puede otorgar anticipo únicamente cuando los respectivos proyectos sean financiados como mínimo en un ochenta por ciento (80%) con fondos externos.

Quedan autorizadas las dependencias del Poder Ejecutivo a pagar como anticipo, en los contratos de arrendamiento que celebren, hasta el equivalente a un (1) mes de renta en concepto de depósito, el cual quedará como pago de la renta del último mes en caso de resolución del contrato de arrendamiento del inmueble.

Para evitar desfases en sus presupuestos, se prohíbe a las dependencias del Gobierno Central, Desconcentrado y Descentralizado, celebrar contratos de arrendamiento dentro del país en una moneda distinta al Lempira; se exceptúa de lo anterior los que así se establezcan en Convenios Internacionales.

NOVENO: El **artículo 239** del Reglamento de la Ley de Contratación del Estado (RLCE) en su Numeral 4) estipula que la garantía por anticipo de fondos responderá por la correcta inversión del pago anticipado a cuenta de la ejecución del contrato, cuando así estuviere pactado.

DECIMO: El **artículo 68** de la Ley de Contratación del Estado (LCE) establece que antes de que se autorice el inicio de las obras, el contratista deberá presentar los documentos siguientes:1) Garantía de cumplimiento del Contrato y, **si lo hubiere, garantía por anticipo de fondos...**

CONCLUSIONES:

Esta Asesoría Legal es de la opinión que acorde al marco legal antes expuesto y de conformidad a lo establecido en las Disposiciones Generales del Presupuesto de la República para el año 2016, es de la opinión **que NO procede la negociación del**

anticipo ya que este debe ser previamente acordado y estipulado en los pliegos de condiciones de la contratación y en el contrato que se suscriba.

Es importante razonar que los contratos que se suscriban con empresas extranjeras se someterán a la legislación nacional, así como, a la jurisdicción y competencia de los tribunales de la República, por lo cual estas se sujetan así a lo dispuesto en los pliegos de condiciones de la contratación y el contrato mismo.

En ese mismo orden solo procede conceder el anticipo de fondos siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

8. Que se hubiese establecido en el pliego de condiciones de la licitación.
9. El anticipo de fondo corresponde únicamente a los contratos de obra pública cuando así se hubiere pactado en el contrato.
10. No debe exceder del quince por ciento (15%) del monto total del contrato.
11. El contratista deberá presentar la garantía correspondiente equivalente al cien por ciento (100%) del monto del anticipo.
12. El anticipo será deducido mediante retenciones a partir del pago de la primera estimación de obra ejecutada, en la misma proporción en que fue otorgado.
13. En la última estimación se deducirá el saldo pendiente de dicho anticipo.
14. La vigencia de esta garantía será por el mismo plazo del contrato y concluirá con el reintegro total del anticipo.

Ahora bien el **artículo 71** de las Disposiciones Generales del Presupuesto del año 2016 estable las excepciones al axioma antes planteado considerando las siguientes circunstancias:

5. En los casos de contratos de construcción de obras y de seguros derivados de convenios internacionales, el anticipo se autorizará en la forma y cuantía que establezca la normativa del Organismo Financiero.
6. **A los contratistas extranjeros se les puede otorgar anticipo únicamente cuando los respectivos proyectos sean financiados como mínimo en un ochenta por ciento (80%) con fondos externos.**
7. Quedan autorizadas las dependencias del Poder Ejecutivo a pagar como anticipo, en los contratos de arrendamiento que celebren, hasta el equivalente a un (1) mes de renta en concepto de depósito, el cual quedará como pago de la renta del último mes en caso de resolución del contrato de arrendamiento del inmueble
8. Para evitar desfases en sus presupuestos, se prohíbe a las dependencias del Gobierno Central, Desconcentrado y Descentralizado, celebrar contratos de arrendamiento dentro del país en una moneda distinta al Lempira; se exceptúa de lo anterior los que así se establezcan en Convenios Internacionales.


ABG. OLANDA PATRICIA MONTES O.
ASESORA LEGAL
ONCAE

