

Panamá, 19 de julio de 2023
DGCP-DJ-193-2023

Licenciada
QUENIA GOMEZ
Asesoría Legal
Municipio de San Miguelito
E. S. D.

Respetada Licenciada Gómez:

Acusamos recibo de la consulta de Opinión Legal con fecha 15 de septiembre de 2022, que realiza a esta entidad referente al acto público No. 2018-5-78-0-08LV-003320, denominado “ Renovación de Movilidad Urbana, Distrito de San Miguelito, en cual se formalizo el Contrato de Obra No. 15-2019, y que el mismo fuera resuelto administrativamente, según Resolución No. MSM-DMS-14-2022, de 22 de agosto de 2022.

Manifiestan en su nota, que la compañía aseguradora mediante comunicación formal opta por subrogar al contratista, según dispone la Ley, indicando además su intención de hacer una cesión de contrato en un mismo acto administrativo, entiéndase acuerdo suplementario de ejecución de fianza.

Al respecto, es menester informarle que la Dirección General de Contrataciones Públicas es el ente rector y fiscalizador de los procedimientos de contratación pública, con facultades destinadas a la adecuada implementación y aplicación de los preceptos legales contenidos en el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

En virtud de lo anterior, nos parece oportuno reproducir lo preceptuado en el artículo 129 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, que regula la Contratación Pública, ordenado por la Ley 153 de 2020, que a saber dice:

Artículo 129. Ejecución y extinción de las fianzas. Si el proponente seleccionado no constituye la fianza de cumplimiento dentro del término correspondiente, perderá la fianza de propuesta, que quedará a favor del Tesoro Nacional.

En caso de incumplimiento del contrato por el contratista, este perderá, en todos los casos, la fianza de cumplimiento de contrato otorgada, la que ingresará al Tesoro Nacional.

Si la fianza fuera otorgada por una institución bancaria o de seguros, la fiadora tendrá, dentro de los veinte días hábiles siguientes a la notificación de incumplimiento, la opción de pagar el importe de la fianza o de sustituir al contratista en todos los derechos y las obligaciones del contrato y sus adendas, así como de cualquier otra acción que la entidad licitante tuviera en contra del contratista.

En el evento de que la fiadora decida subrogarse, la entidad licitante y la fiadora deben suscribir un acuerdo suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento, en el cual la fiadora debe designar a un tercero ejecutor, que debe ser aprobado por la entidad licitante. Este acuerdo suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento debe contar con el refrendo de la Contraloría General de la República.

La entidad licitante podrá pactar dentro del acuerdo suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento una cláusula de mutuo acuerdo de indemnización con la fiadora.

Ejecutada la obra contratada, la fianza de cumplimiento continuará en vigencia por el término de un año, si se tratara de bienes muebles, consultorías y servicios para responder por vicios redhibitorios, como mano de obra, material defectuoso o de inferior calidad que el adjudicado, o cualquier otro vicio o defecto en el objeto del contrato, salvo los bienes muebles consumibles que no tengan reglamentación especial, cuyos términos de cobertura serán de seis meses, y por el término de tres años para responder por defectos de reconstrucción o de construcción de la obra o bien inmueble. Vencidos estos términos y no habiendo responsabilidad, se cancelará la fianza. Cuando se trate de obras o bienes inmuebles y para la cual el contratista está obligado a dar una garantía de tres años y cuyo respaldo es la fianza de cumplimiento, será responsabilidad de la entidad contratante y la Contraloría General de la República velar que se cumpla con dicha garantía mientras esté vigente la fianza de cumplimiento.

En los contratos de servicios, el contratista responderá por los daños y perjuicios que sufra el Estado como consecuencia de las deficiencias en que incurra el contratista en la prestación de sus servicios. (la negrita es nuestra)

De lo anterior, claramente se colige que en el evento de que la fiadora decida subrogarse, la entidad licitante y la fiadora deben suscribir un acuerdo suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento, en el cual la fiadora debe designar a un tercero ejecutor, que debe ser aprobado por la entidad licitante. Este acuerdo suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento debe contar con el refrendo de la Contraloría General de la República.

Por otro lado, el artículo 96 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, que regula la Contratación Pública, ordenado por la Ley 153 de 2020, señala que:

Artículo 96. Cesión de contrato. Los derechos y obligaciones que surjan por la celebración de un contrato o por una orden de compra podrán ser cedidos por el contratista a un tercero, siempre que la entidad contratante respectiva como el garante preste su autorización previa a dicho acto de cesión. Para tales efectos, el cesionario deberá contar con la capacidad técnica y financiera para proseguir o dar inicio a la ejecución del contrato o de la orden de compra cuyos derechos y obligaciones hayan sido cedidos, en los mismos términos que el cedente.

De todo lo anteriormente expuesto, podemos señalar que para que se pueda ejercer una cesión de contrato la compañía aseguradora y la entidad previamente, deben celebrar el acuerdo suplementario de ejecución de fianza y una vez perfeccionado este acuerdo con el refrendo de la Contraloría General de la República.

Ahora bien, corresponde el ente fiscalizador que en este caso es la Contraloría General de la República determinar si es viable o no, la cesión de contrato en una subrogación producto de un acuerdo suplementario de ejecución de fianza.

Atentamente,

MARLENE AGUILAR P.
Directora Jurídica

lcj