

Panamá, 8 de noviembre de 2021
DGCP-DJ-191-2021

Señor
SIHAN CHEN
Representante Legal
China Came Engineering Co.
Ltd Panamá Branch

E. S. D.

Señor Chen:

Nos referimos a su nota s/n de fecha 27 de octubre de 2021, mediante la cual eleva consulta a esta Dirección, respecto al procedimiento de resolución administrativa, según el Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020; y otras consultas referentes a la ejecución de las fianzas.

La Dirección General de Contrataciones Públicas como ente rector y fiscalizador de los procedimientos de selección de contratista, posee facultades orientadas a la adecuada aplicación e implementación de los preceptos legales contenidos en el Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

En tal sentido, procedemos a absolver su consulta, atendiendo la potestad que nos otorga el numeral 1 del Artículo 15 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, el cual citamos a continuación:

Artículo 15. Competencia. Son funciones de la Dirección General de Contrataciones Públicas las siguientes:

1. Absolver las consultas en materia de implementación y aplicación de la presente Ley.

En cuanto a la resolución administrativa del contrato, el artículo 138 de la citada excerta legal establece lo siguiente:

Artículo 138. Resolución del contrato por incumplimiento del contratista. El incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista dará lugar a la resolución administrativa del contrato, la cual se efectuará por medio de acto administrativo debidamente motivado. La entidad contratante notificará a la fiadora el incumplimiento del contratista, decretado mediante resolución motivada, la que dispondrá de un término de veinte días hábiles, siguientes a la notificación de incumplimiento, para ejercer la opción de pagar el importe de la fianza o de sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones, siempre que quien vaya a continuarlo, por cuenta de la fiadora y a cuenta y riesgo de esta, tenga la capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad contratante.

Para los efectos técnicos y legales, se harán extensivas y propias las cláusulas del contrato principal dentro del contrato de la fianza, en lo relativo a la ejecución del contrato.

Si el fiador ejerce la opción de sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones, deberá indicarle a la entidad quién continuará la ejecución del contrato a su nombre.

Una vez asumida la sustitución del contratista, la fiadora tendrá un término de treinta días calendario para continuar con la ejecución del contrato y finalizar la obra de conformidad con lo pactado.

Salvo que el incumplimiento de que trata este artículo sea por caso fortuito, fuerza mayor o causas no imputables a este, el contratista se hará merecedor a las sanciones e inhabilitaciones previstas en el artículo 140, sin perjuicio de la responsabilidad civil correspondiente derivada del incumplimiento contractual. La entidad contratante ejecutará la fianza de cumplimiento consignada, previo cumplimiento de las formalidades de rigor.

Sin perjuicio de lo anterior, en caso de incumplimiento total en contrataciones menores, la entidad podrá convocar a otro acto público o adjudicar al proponente que haya llegado en segundo lugar, según sea más beneficioso para los intereses públicos, sin perjuicio de las sanciones aplicables. Esta materia será desarrollada en el reglamento.

Por su parte, el artículo 139 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, señala lo siguiente:

Artículo 139. Procedimiento de resolución. La resolución administrativa del contrato se ajustará a lo establecido en el artículo anterior, con sujeción a las reglas siguientes:

1. Cuando exista alguna causal para la resolución administrativa del contrato, la entidad contratante adelantará las diligencias de investigación y ordenará la realización de las actuaciones que conduzcan al esclarecimiento de los hechos, que pudiesen comprobar o acreditar la causal correspondiente.
No obstante, cuando sea factible, la entidad contratante podrá otorgarle, al contratista, un plazo para que corrija los hechos que determinaron el inicio del procedimiento.
2. Si la entidad contratante considera resolver administrativamente el contrato, se lo notificará al afectado o a su representante, señalándole las razones de su decisión y concediéndole un término de cinco días hábiles, para que conteste y, a la vez, presente las pruebas que considere pertinentes. Esta notificación le será comunicada a la fiadora.
3. Debe contener una exposición de los hechos comprobados, de las pruebas relativas a la responsabilidad de la parte, o de la exoneración de responsabilidad en su caso, y de las disposiciones legales infringidas.
4. Podrá ser recurrible ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, dentro de un plazo de cinco días hábiles, contado a partir de la notificación de la resolución, que se surtirá en el efecto suspensivo, con lo cual se agotará la vía gubernativa.
5. La decisión final, una vez agotada la vía gubernativa, será recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con las disposiciones que regulan la materia.
6. Una vez ejecutoriada la resolución, se remitirá a la Dirección General de Contrataciones Públicas, para los efectos del registro correspondiente.

Las lagunas que se presenten en este procedimiento se suplirán con las disposiciones pertinentes del procedimiento administrativo de la Ley 38 de 2000.

La norma citada detalla el procedimiento a seguir, cuando la entidad contratante ejerza la facultad de resolución administrativa del contrato, por haber incurrido el contratista en alguna de las causales establecidas en el artículo 136 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

En cuanto a su consulta sobre qué garantiza que al subrogarse la aseguradora, el Estado pague las obligaciones contraídas, el numeral 10 del artículo 21 de la citada excerta legal establece lo siguiente:

Artículo 21. Obligaciones de las entidades contratantes. Son obligaciones de las entidades contratantes las siguientes:

1.....

10. Efectuar los pagos correspondientes dentro del término previsto en el pliego de cargos y en el contrato respectivo. Si dicho pago lo realiza la entidad contratante en fecha posterior a la acordada, por causa no imputable al contratista, este tendrá derecho al pago de los intereses moratorios, con base en lo preceptuado en el artículo 1072-A del Código Fiscal. Esto también aplica en caso de que un contratista no pueda ejecutar la obra en el término pactado, debido al incumplimiento de las responsabilidades de la entidad estipuladas en el contrato respectivo.

De igual forma, el artículo 131 del mismo estatuto jurídico señala lo siguiente:

Artículo 131. Ejecución del garante. Transcurrido el término al que hace referencia el artículo 129, sin que el garante pague el importe de la fianza o sustituya al fiador o contratista, la entidad contratante emitirá una resolución que ordenará la ejecución de la fianza por medio de la jurisdicción coactiva de la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas.

En el caso de que la fiadora se subroge con base en lo establecido en el acuerdo suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento y el tercero ejecutor que haya designado incumpla, sin que se haya pactado un mutuo acuerdo de indemnización, la entidad licitante expedirá la resolución con la suma líquida, la cual prestará mérito ejecutivo y será cobrada mediante el proceso de cobro coactivo de la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas.

También se ejercerá la jurisdicción coactiva cuando el garante no cumpla con la responsabilidad de responder por vicios rehdibitorios o por defecto de reconstrucción o de construcción de la obra o bien inmueble.

En el caso de los intermediarios financieros del Estado, la ejecución coactiva se hará de conformidad con el procedimiento de cobro coactivo y las sumas recuperadas ingresarán a su respectivo patrimonio.

La resolución emitida sobre la ejecución coactiva del garante agota la vía gubernativa.

Por su parte, el artículo 129 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, establece lo siguiente:

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.

Del contenido de la disposición anterior, se deduce que los pagos que tengan lugar en virtud del acuerdo suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento, deben efectuarse a nombre la fiadora.

En cuanto a las normas aplicables a los procedimientos de selección de contratistas, en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, contamos con una sección de Legislación, en la cual podrá ubicar las distintas disposiciones legales y criterios jurídicos aplicables a la contratación pública en Panamá.

Consideramos oportuna la ocasión para recordarle que, la Contraloría General de la República es el ente competente para absolver las consultas sobre la ejecución de garantías y fianzas que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, por lo que, en el caso de surgir futuras interrogantes referentes a estos aspectos, las mismas deberán ser elevadas ante dicha entidad, al tenor de lo preceptuado en el artículo 121 del

Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, el cual citamos a continuación:

Artículo 121. Competencia de la Contraloría General de la República. La Contraloría General de la República absolverá las consultas sobre cualquier aspecto de la constitución, presentación, ejecución y extinción de las garantías que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas con las entidades públicas, conforme a lo establecido en las normas jurídicas vigentes.

Las entidades públicas o entes nacionales o extranjeros no podrán limitar, negociar o disminuir la potestad de la Contraloría General de la República en esta materia.

Las fianzas que se emitan para garantizar las obligaciones del Estado serán reglamentadas por la Contraloría General de la República, en la que incluirá los modelos de fianzas correspondientes.

No siendo otro el particular quedo de usted,

Atentamente,

LICDA. MARLENE AGUILAR P.

Directora Jurídica

/jc jc