

Panamá, 25 de noviembre de 2002.

Ingeniero  
Alfredo Arias G.  
Administrador General  
Autoridad de la Región Interoceánica  
E. S. D.

Señor Administrador:

Conforme a nuestras atribuciones constitucionales y legales como consejera jurídica de los servidores públicos administrativos que nos consulten sobre la interpretación de la ley o procedimiento a seguir en un caso concreto; procedo a ofrecer la asesoría solicitada mediante nota No. ARI-AG-DAL-3379-02 de 29 de octubre de los corrientes con la cual requiere nuestro criterio sobre la situación detallada a continuación:

*“La Ley 56 de 27 de diciembre de 1995 ‘Por la cual se regula la Contratación Pública y se dictan otras disposiciones’, establece en su artículo 40, numeral 6, primer y segundo párrafo lo siguiente:*

*‘6. Quien presida la licitación rechazará de plano en el acto de apertura de los sobres, las proposiciones que no fueron acompañadas de la fianza de propuesta, conforme a los términos establecidos y las que no presenten el correspondiente certificado de postor.*

*Las cláusulas enunciadas son de carácter restrictivo, por lo que en ningún caso podrán ser rechazadas propuestas por causas distintas a las señaladas en este precepto.*

*Contra el acto de rechazo, podrá reclamar el proponente o su representante o mediante apoderado legal en el mismo acto y hasta dos (2) días calendario después.*

*Quien presidió el acto deberá resolver el recurso antes de remitir el expediente a la Comisión Evaluadora.'*

*La Contraloría General de la República como custodio de las fianzas con el Estado dictó el Decreto 90 Leg de 9 de abril de 2002, a objeto de uniformar los modelos de fianzas a favor del Estado. Este decreto además de establecer los modelos entró a reglamentar aspectos de trámite de las fianzas y entre estos aspectos determinó en su artículo quinto, párrafo cuarto lo siguiente:*

*'Si se observare algún defecto de forma en la presentación de la **fianza de propuesta**, que no afecte el plazo establecido en el pliego de cargos o el monto mínimo legalmente exigido, se ordenará su corrección a través del Saneamiento Administrativo.*

*Por lo tanto, sólo se podrá rechazar de plano en el acto de apertura de sobres las propuestas que no acompañen la **fianza de propuesta** y las ofertas que se hagan acompañar con una fianza de propuesta con un termino diferente al establecido en el pliego de cargos o por un monto menor al diez por ciento (10%) de la propuesta.'*

*¿Debe rechazarse de plano en un acto público, al amparo del numeral sexto del artículo 40 de la Ley 56 de 1995, una **fianza de propuesta** que se expida por un término distinto al término solicitado en el pliego de cargos, si el término de la fianza aportada permite su ejecución así como el trámite para subsanar la totalidad del tiempo requerido para la validez de la garantía?''*

Al respecto, vuestros Asesores Legales proponen el siguiente criterio:

*“Como se puede observar con la expresión ‘sólo se podrá rechazar’, la Contraloría General de la República reconoce la discrecionalidad de la entidad licitante.*

*A pesar de esto, estamos de acuerdo con que se rechace una fianza que no cumpla con el monto mínimo de 10% exigido, debido a que si esta es aportada junto con la propuesta más favorable para el Estado y se le otorga un plazo para subsanar y el proponente incumple con subsanar, el Estado perdería la oportunidad de hacer el cobro por la totalidad del porcentaje exigido en el pliego de cargos.*

*Sin embargo, disentimos del posible rechazo de una fianza por ser expedida por un término diferente al solicitado en el pliego, sea este plazo inferior o superior al solicitado.*

*La razón es sencilla, a diferencia del monto inferior, que va en perjuicio directo de los intereses económicos del Estado y a manera de ejemplo, la expedición de una fianza por el monto correcto pero por un término inferior al solicitado, es decir, 30, 60 o 90 días, cuando se exigió por 120 días, puede ser subsanado dentro de un periodo razonable (1 a 3 días hábiles) sin que el Estado resulte perjudicado y dentro de este termino la fianza es perfectamente exigible por el monto requerido.*

*Si bien el Decreto 90 Leg de 9 de abril de 2002 establece que se podrán rechazar las ofertas que se hagan acompañar de una fianza de propuesta con un término diferente al establecido en el pliego de cargos, esto no puede entenderse en perjuicio del Estado, ni en contra del espíritu de la Ley 56 de 1995.*

*En el artículo 40 numeral 6 de la Ley de Contratación Pública al señalar que la fianza debe entregarse 'conforme a los términos establecidos' debe entenderse que debe entregarse conforme con los términos mínimos que garanticen la igualdad entre los proponentes y los mejores intereses del Estado, por ende, todo lo que no sea ausencia de fianza o fianza con monto inferior al requerido son errores subsanables.*

*Esto tiene sustento en el artículo 20 de la propia Ley de Contratación Pública que ordena en materia de interpretación de las reglas contractuales relativas a procedimientos de selección*

*de contratistas a tener en consideración los intereses públicos, los fines y principios de la Ley 56, así como la buena fe.*

*Se indican en primer lugar 'los intereses públicos' y obviamente una fianza por un término inferior al solicitado, como ya indicamos, es perfectamente subsanable y la expedida por un término superior al solicitado favorece a los intereses del Estado por representar una mayor garantía sin afectar la igualdad entre los proponentes, ya que ese exceso en la fianza no va a conllevar una mejor valoración de esa propuesta.*

*Debemos tener muy presente que el principio de los mejores beneficios para el Estado está ampliamente diseminado en la Ley de Contratación Pública.*

*Rechazar de plano una fianza que se constituye por el monto correspondiente pero que no cumple con el término contradice totalmente el principio de beneficio estatal y promueve en cambio que las interpretaciones jurídicas forjen formulismos legales que van en contra de los intereses del Estado.*

*Por lo anteriormente expuesto, consideramos que son subsanables dentro de un término perentorio las fianzas de propuesta que se expidan por un término distinto al exigido en el pliego de cargos siempre y cuando este término permita que se subsane la misma."*

Para proceder con la interpretación jurídica solicitada, es preciso citar el articulado pertinente del Decreto 90 Leg de 9 de abril de 2002 'Por el cual se modifica el Decreto 15-Leg de 25 de enero de 2002 y se emite un texto único de los modelos de fianzas que se constituyan para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas con las entidades públicas y sociedades o entes en las cuales el Estado tenga participación económica o control efectivo y en general toda persona que maneje fondos o bienes públicos'. Veamos:

*"Artículo 1: Las fianzas emitidas por compañías de seguros y entidades bancarias deberán ajustarse al modelo aprobado por la Contraloría General de la República y cumplir con la presente reglamentación.*

*Artículo 2: La Contraloría General de la República queda facultada para exigir en cualquier etapa del proceso de selección de contratista y durante el desarrollo y ejecución del contrato, la corrección del monto de las fianzas para asegurar el adecuado cumplimiento de las obligaciones contraídas con las entidades públicas, sociedades o entes en las que el Estado tenga participación económica o control efectivo y en toda contratación que otorgue el manejo de fondos o bienes públicos.*

*Artículo 3: La fianza es un contrato contenido es un documento de texto breve y general que vincula al FIADOR que puede ser una compañía aseguradora o una entidad bancaria garante del cumplimiento de una obligación de una persona natural o jurídica llamada FIADO para con un tercero, constituido por la Entidad Pública correspondiente y la Contraloría General de la República, llamadas BENEFICIARIO. Para los efectos de la presente reglamentación igualmente se entiende a la Contraloría General de la República como la ENTIDAD OFICIAL.*

*Artículo 4: Sólo las compañías de seguros y entidades bancarias registradas para operar en la República de Panamá con solvencia reconocidas por la Superintendencia de Seguros y la Superintendencia de Bancos respectivamente, pueden emitir fianzas para garantizar obligaciones de un contratista del Estado...*

*Artículo 5: La presente reglamentación tiene por objeto las fianzas siguientes:*

***Fianza de Propuesta:** es la garantía precontractual presentada por los participantes de un acto de selección de contratista o beneficiario de una excepción de acto público con la finalidad de garantizar la oferta de los postores que concurrieron al acto de apertura de sobres por el término establecido en el pliego de cargos; además garantiza la firma del contrato y la presentación de la fianza de cumplimiento a partir de la notificación de la Resolución de Adjudicación Definitiva.*

*Cuando se trate de un beneficiario de una excepción de acto público, el término comenzará a partir de la presentación de la fianza de propuesta, a fin de garantizar la firma del contrato y la presentación de la fianza de cumplimiento.*

*Las entidades contratantes no fijarán fianzas mayores del diez por ciento (10%) del importe o valor total de la propuesta y por un término no mayor de ciento veinte días (120) de vigencia según lo establecido en el pliego de cargos, salvo aquellos contratos que en atención a su monto o complejidad ameriten otorgar un término diferente, que constará en el pliego de cargos y que no excederá de ciento ochenta (180) días.*

*En los casos de arrendamientos de bienes del Estado, quienes presenten ofertas deberán constituir como fianza de propuesta, equivalente a dos (2) meses de canon de arrendamiento del bien de que se trate.*

*En los contratos de cuantía indeterminada, la entidad contratante conjuntamente con la Contraloría General de la República fijará el monto de la fianza de propuesta a consignarse.*

*El beneficiario de una excepción de acto público deberá presentar la fianza de propuesta dentro del término de cinco (5) días hábiles, plazo que corre a partir del acto mediante el cual se le pone en conocimiento que ha sido beneficiado con la excepción en mención.*

*Si se observare algún defecto de forma en la presentación de la fianza de propuesta, que no afecte el plazo establecido en el pliego de cargos o el monto mínimo legalmente exigido, se ordenará su corrección a través del **Saneamiento Administrativo**.*

*Por lo tanto, sólo se podrá rechazar de plano en el acto de apertura de sobres las propuestas que no acompañen la fianza de propuesta y las ofertas que se hagan acompañar con una fianza de propuesta con un término diferente al establecido en el pliego*

*de cargos o por un monto menor al diez por ciento (10%) de la propuesta.*

***Fianza de Cumplimiento:*** *Garantía exigida al adjudicatario de un acto público de selección de contratista o beneficiario de una excepción de acto público para el fiel cumplimiento del contrato u obligación de ejecutar fielmente su objeto y una vez cumplido éste, de corregir los defectos a que hubiere lugar.*

***Su vigencia corresponde al periodo de ejecución del contrato principal, más un término de un año, si se tratare de bienes muebles para responder por vicios redhibitorios, tales como mano de obra, material defectuoso o cualquier otro vicio o defecto en la cosa objeto del contrato, salvo los bienes muebles consumibles que no tengan reglamento especial, cuyo término de cobertura será de seis (6) meses y por el término de tres (3) años para responder por defectos de construcción o de reconstrucción de la obra o bien inmueble.***

*La entidad contratante determinará la cuantía de la fianza de cumplimiento y en ningún caso podrá ser superior al cien por ciento (100%) del importe o valor del contrato.*

*El adjudicatario o beneficiario de una excepción de acto de un contrato de arrendamiento de un bien del estado consignará una fianza de cumplimiento equivalente al importe de un (1) mes de canon de arrendamiento por cada año de vigencia del contrato. En ningún caso podrá exceder de seis (6) meses de canon de arrendamiento.*

*En los contratos de cuantía indeterminada, la entidad licitante conjuntamente con la Contraloría General de la República fijará el monto de la fianza de propuesta a consignarse.*

*En los contratos regidos por leyes especiales, la cuantía de la fianza de cumplimiento será determinada por dicha reglamentación sin perjuicio de la facultad contemplada en el artículo 51 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, a favor de la Contraloría General de la República.*

*En los contratos de obra pública, la fianza de cumplimiento deberá constituirse por el cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato; en los demás contratos, la fianza de cumplimiento se constituirá por el 10% del valor del contrato, salvo disposición legal aplicable o una cobertura mayor determinada en el pliego de cargos.*

***Fianza de pago:*** *cuando la naturaleza de la obra lo requiera y la entidad licitante así lo solicite en el pliego de cargos, el contratista suministrará una fianza de pago para garantizar el pago a terceros, por servicios de mano de obra prestados, suministro de materiales utilizados en la ejecución del contrato principal e incorporados en la obra.*

*Su vigencia corresponderá a un periodo de hasta ciento ochenta (180) días, contados a partir de la última publicación, en un diario de circulación nacional, del anuncio de terminación y recibo a satisfacción de la obra, para que quien tenga créditos pendientes contra el contratista los presente dentro de ese término.*

*El contratista se obligará a efectuar la publicación dentro del término de treinta (30) días subsiguientes a la fecha del acta de entrega final del bien, de la obra o de la conclusión del servicio.*

*Cuando sea resuelto administrativamente un contrato y la compañía de seguro o entidad bancaria decidiese sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones, corresponde a éstas efectuar la publicación del anuncio de terminación y recibo a satisfacción de la obra, para que quien tenga créditos pendientes contra el contratista los presente dentro del plazo establecido en el artículo 109 de la Ley 56 de 1995.*

*Igualmente le corresponde esta obligación de publicación a LA FIADORA cuando decidiese pagar el importe de la fianza de cumplimiento, luego de haberse resuelto administrativamente el contrato.*



*Fianza de pago anticipado: es la fianza que garantiza el reintegro de determinada suma de dinero entregada en concepto de adelanto al contratista, siempre que sea utilizada para la oportuna y debida ejecución del contrato, de acuerdo con los términos señalados en el pliego de cargos.*

*Esta fianza, en ningún caso, será inferior al cien por ciento (100%) de la suma adelantada y tendrá una vigencia igual al periodo principal y un término adicional de treinta (30) días posteriores a su vencimiento.*

*La responsabilidad del contratista cesa al haber cancelado o reembolsado la suma adelantada.*

*Artículo 7: LA ENTIDAD OFICIAL comunicará por escrito a LA FIADORA y a EL CONTRATISTA dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento de alguna de las causales que puedan dar lugar a la resolución administrativa del contrato o se haya dado inicio a las diligencias de investigación para el mismo fin, lo que ocurra primero.*

*Artículo 8: Cuando el contratista incumpla con las obligaciones pactadas, la Entidad Contratante correspondiente notificará a LA FIADORA para que ésta ejerza la opción de pagar el importe de la fianza o sustituya 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 ésta tenga la capacidad técnica y financiera a juicio de la Entidad Pública Contratante; además siempre lo comunicará a la Contraloría General de la República para los fines de coordinar las medidas que sean pertinentes adoptar para salvaguardar los intereses del Estado.*

*Para los efectos de la presente reglamentación se entiende que hay incumplimiento contractual una vez que la Entidad del Estado haya declarado la Resolución Administrativa del contrato.*

*Artículo 9: A partir de la publicación en la Gaceta oficial del presente Decreto se entienden por aprobados los modelos de fianzas que a continuación se detallan: Fianza de Propuesta, Fianza de Cumplimiento de Contrato, Fianza de Pago y Fianza de Pago Anticipado.*

*Artículo 10: Este decreto modifica el Decreto 15-Leg de 25 de enero de 2002 y los modelos de fianzas aprobados por el citado Decreto y modificados por éste, serán exigibles a partir de la promulgación del presente decreto en la Gaceta Oficial.”*

Complementando lo anterior, el Decreto 90 Leg de 9 de abril de 2002 también incluye los modelos de formularios de las fianzas a ser presentados.

En lo que respecta a la Fianza de Propuesta, indica el formulario en su aparte titulado ‘**Vigencia**’ que ésta será establecida según el Pliego de Cargos a partir del Acto Público o notificación de ser beneficiario de una excepción de dicho Acto.

El formulario también señala en este aparte que la Fianza de Propuesta además garantiza la firma del contrato una vez que el mismo cuente con todas sus aprobaciones para el que ha sido notificado de la Resolución de Adjudicación definitiva.

Así mismo, cuando la Fianza de Propuesta cuente con todas sus aprobaciones, ésta garantiza la formalización del contrato y la presentación de la Fianza de Cumplimiento.

Para el beneficiario de una excepción de Acto Público, la Fianza de Propuesta garantiza la formalización del contrato y la presentación de la Fianza de Cumplimiento.

En cuanto al ‘Objeto’ el formulario indica como sigue: esta Fianza de Propuesta garantiza el mantenimiento de la oferta presentada por los postores en un acto de selección de contratistas, **por el término establecido en el pliego de cargos, término que corre a partir del acto de apertura de sobres; garantiza la firma del contrato; asimismo garantiza la presentación de la Fianza de Cumplimiento dentro del término de cinco (5) días hábiles siguientes a la formalización del contrato y en el caso de ser un beneficiario**

de una excepción de Acto Público, la Fianza de Propuesta garantiza la formalización del contrato y la presentación de la Fianza de Cumplimiento.

Todo lo aquí citado no hace más que confirmar lo consagrado en la Ley de Contratación Pública cuando subraya que **en todo acto de contratación pública el o los proponentes deberán presentar, conjuntamente con su oferta, una fianza de propuesta, con la finalidad de garantizar la firma del contrato y el mantenimiento de su oferta.**<sup>1</sup>

En este orden de ideas, la Ley dispone que las fianzas deben constituirse en efectivo, en títulos de crédito del Estado, en fianzas emitidas por compañías de seguros, o mediante garantías bancarias o en cheques librados o certificados, pero **lo importante para contratar es que las fianzas sean presentadas en el momento y cumpliendo los requisitos exigidos por la Ley y no posteriormente, dado que la propia norma establece lo pertinente.**

**Ahora la presentación de la fianza es un requisito SINE QUA NON** para participar en el acto de contratación por lo que al faltar ésta no se está cumpliendo con lo señalado por la Ley de Contratación Pública.

Para los contratos públicos que se rigen por la Ley de Contratación Pública, existen ciertas características que le hacen a la FIANZA convertirse en un 'cheque en blanco' y son :

Incondicional: La aseguradora no podrá oponer al pago, situaciones no previstas en la Ley.

Irrevocable: La aseguradora no podrá dejar sin vigencia las coberturas otorgadas.

Cobro Inmediato: Obligación de la aseguradora de realizar el pago, tan pronto como el beneficiario, le presente la documentación necesaria.

Seriedad de la oferta: Garantiza a la entidad beneficiaria la celebración (firma) del contrato en las condiciones de la propuesta recibida.

Fiel cumplimiento del contrato: Respalda el cumplimiento del contrato y de las obligaciones que contrajese el cliente (contratista) a favor de terceros relacionados con el contrato.

Debida Ejecución de Obras y Buena Calidad de Materiales: Obligatoriedad de rendir esta garantía para asegurar la reparación o cambio de aquellas partes de

---

<sup>1</sup> (Cfr. Artículo 107 de la Ley 56 de 1995, tal como quedó modificado por la Ley No. 56 de 1996, artículo 9.)

la obra en la que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al contratista.

Buen uso de anticipo: Garantiza la correcta utilización de los recursos recibidos como anticipo para la realización del contrato afianzado.

Buen uso de la carta de crédito: Cuando el anticipo es entregado a través de una Carta de Crédito, surge la necesidad de esta garantía que respalda la importación de los bienes declarados en la Carta de Crédito.

Garantías aduaneras: Garantizan el pago de impuestos y el cumplimiento de formalidades aduaneras para la importación de bienes, internación y exportación temporal de equipos y maquinarias y otros riesgos específicos.<sup>1</sup>

Ahora bien, según el Decreto 90 Leg de 9 de abril de 2002 artículo 5 numeral 1 y el modelo de formulario analizado, la vigencia o término de la fianza de propuesta será establecido según el Pliego de Cargos.

En materia de Contratación, las normas reguladoras del sistema son las normas constitucionales, la propia Ley 56, las normas reglamentarias que se dicten al efecto y las estipulaciones de los pliegos de cargos.<sup>2</sup>

A propósito del Pliegos de Cargos, en materia de contrataciones públicas, la Ley 56 ibídem, artículo 3, numeral 17, lo define como sigue:

*“Es el conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante, que especifican el suministro de bienes, la construcción de obras públicas o la contratación de servicios, incluyendo los términos y condiciones del contrato a celebrarse, los derechos y obligaciones de los oferentes y el contratista, y el mecanismo procedimental a seguir en la formalización y ejecución del contrato.*

*El Pliego de Cargos constituye la fuente principal de derechos y obligaciones entre proponentes y la entidad licitante, en todas las etapas de selección de contratista y, en consecuencia, incluirá reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la participación de los interesados en igualdad de condiciones.”*

<sup>1</sup> Información tomada de la página web [www.segurosequinoccial.com](http://www.segurosequinoccial.com)

<sup>2</sup> Cfr. Artículo 4 de la Ley 56/95.

Esta definición que recoge la Ley en relación con el pliego de cargos, evidentemente significa que **este documento es el que contiene todas las condiciones que regularán la validez de los actos públicos a celebrarse.**

En él se recogen los derechos y obligaciones entre proponentes y la entidad licitante, en todas las etapas de selección y ejecución del contrato.

Incluso, el Ministerio de Economía y Finanzas como entidad reguladora del sistema, continuando con sus políticas de desburocratizar y descentralizar no interviene en la elaboración de este instrumento, dejando a la entidad licitante la responsabilidad de tener presente sus necesidades, salvo que ésta tenga dudas sobre algún aspecto y considere oportuno someter el asunto a consulta, al ente rector, en este caso el MEF.

Luego entonces, corresponde a la entidad licitante elaborar su pliego de cargos con las especificaciones técnicas, condiciones generales y especiales, referentes a la cosa objeto de la contratación, tal como lo establece el artículo 24 de la Ley de Contrataciones Públicas.

Observamos que, conceptualmente conforme a la Ley, **el Pliego de Cargos constituye la fuente principal de condiciones que deberán dirigir el objetivo de la Contratación, por lo que su cumplimiento, es obligatorio.**

Doctrinalmente, se concibe el pliego de cargos de la siguiente manera: Las cláusulas del pliego de bases y condiciones constituyen normas de interés general y, por lo tanto, **son obligatorias para todos, incluso para la propia administración;** las propuestas deben coincidir con el pliego por ser éste la principal fuente de donde se derivan los derechos y obligaciones de las partes, al que debe acudir para resolver los problemas que se planteen.<sup>3</sup>

De aquí que mal se pueden proponer excepciones al pliego de cargos aceptando una fianza de propuesta con término distinto al solicitado en el mismo.

---

<sup>3</sup> Dromi, Roberto. Derecho Administrativo. Buenos Aires. 1997. Pág. 353.

Como recalcamos, el pliego de cargos constituye la principal fuente de donde se derivan los derechos y obligaciones de las partes y éstas son obligatorias para todos, incluso para la propia administración.

En conclusión, este despacho es de la opinión que debe acatarse lo establecido en el Decreto 90 Leg de 9 de abril de 2002 artículo 5 numeral 1, sobre la causal para rechazar las propuestas en el acto de apertura de sobres, cuando sean acompañadas por una fianza de propuesta con un término diferente al establecido en el pliego de cargos.

Cabe recordar que en materia administrativa impera por mandamiento constitucional el principio de legalidad para los funcionarios públicos, quienes no pueden hacer más de lo que la Ley les permite.

Con la pretensión de haber orientado y aclarado su solicitud, me suscribo de usted.

Atentamente,

Original }  
Firmado } **Licda. Alma Montenegro de Fletcher**  
          } **Procuradora de la Administración**

Alma Montenegro de Fletcher  
Procuradora de la Administración.

AMdeF/111/hf.