

LOS PERJUICIOS PATRIMONIALES DE LAS FIANZAS DE SEGURO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PANAMEÑA



Amílcar Bonilla

Profesor Titular en Derecho Público y Privado en la Universidad de Panamá

dr_abonilla@yahoo.com

Fecha de recepción: 08/08/2019

Fecha de revisión: 22/08/2019

Fecha de aceptación: 28/09/2019

RESUMEN

El objetivo de la investigación consiste en demostrar que las garantías de contratos expedidas por las compañías de seguro en Panamá, no representan efectividad en caso de incumplimiento del contrato por parte del deudor principal. El estudio aplica la técnica de la entrevista a treinta abogados, de ministerios y de las entidades autónomas que comprenden el noventa y cinco por ciento de todos los contratos públicos que celebra el Estado. En el informe del Contralor del 1º de noviembre de 2018 al 31 de octubre de 2019, aparecen atendidos en ese período 1,259,728 contratos, convenios y acuerdos por un monto de B/22,182,634,866.00 (pág.48), solo para tener una idea de la cantidad y su monto. Se incluye en el análisis los perjuicios patrimoniales de las fianzas de seguro planteados en el título como variable independiente y la contratación pública panameña como variable dependiente que se complementan en esta investigación. Al aplicar la entrevista se muestran guías por parte del autor y hace un análisis de datos cualitativos al recolectarlos y valorarlos. Como hallazgos de la investigación encontramos que el Estado adelantó 31 millones de dólares a la empresa Hidalgo & Hidalgo, garantizado con una compañía de seguros que no ha honrado su obligación como fiadora. El Artículo 111 de la Ley 61 de 2017 se refiere a la constitución de fianzas: en efectivo, en títulos de créditos del Estado, en fianzas emitidas por compañías de seguros o mediante garantías bancarias o en cheques certificados o de gerencia y llegamos a determinar que más del 90% de las garantías se constituyen con aseguradoras, porque la Contraloría le ha autorizado un formato de tres páginas de concesiones que las libera de su responsabilidad.

Doctor en Ciencias Empresariales, con Maestrías en Derecho Público con énfasis en Responsabilidad Patrimonial, Maestría en Derecho Administrativo, Maestría en Desarrollo del Sector Marítimo, especialidades en Derecho Administrativo, Entornos virtuales de aprendizaje y Docencia Superior. Es Profesor Titular en Derecho Público y Privado en la Universidad de Panamá y ha ejercido diversos cargos en el sector Público y en el sector privado tales como Consultor del Banco Mundial

La garantía bancaria cubre media página donde se identifican las partes, montos, garantía y vigencia hasta que se termine el proceso, obra o servicios, sin más condiciones que la de pagar. Concluimos que las fianzas de Compañías de seguro no han representado ningún beneficio para el Estado panameño y le han ocasionado millones de dólares en pérdidas.

Palabras clave: Perjuicios, patrimonio, fianza, contratación, seguro

THE EQUITY DAMAGES OF INSURANCE BONDS IN PANAMANIAN PUBLIC PROCUREMENT

ABSTRACT

The objective of the investigation is to demonstrate that the contract guarantees issued by the insurance companies in Panama are not effective in regards to cases of breach of contract by the main debtor. The study applies the interview technique to thirty lawyers, from ministries and from autonomous entities, that comprise ninety-five percent of all public contracts that the state enters into. In the comptroller's report from November 1, 2018 to October 31, 2019, 1,259,728 contracts, covenants, and agreements in the amount of B/22, 182, 634, 866.00 (page 48) were attended to in that period, just to give you an idea of the sheer number we're dealing with and the total amount. The analysis includes the capital losses of the insurance bonds set forth in the title as an independent variable and in Panamanian public procurement as a dependent variable, which are complemented in this investigation. When applying the interview, guides are shown by the authors and he makes an analysis of qualitative data when collecting and evaluating them. The finding during this investigation show the State gave an advance of 31 million dollars to the Company Hidalgo & Hidalgo, guaranteed with an insurance Company that has not honored its obligation as guarantor. Article III of law 61 of 2017 refers to the Constitution of sureties: in cash, in government credits, in sureties issued by insurance companies, or by bank guarantees or certified or cashier's checks. It is determined that more than 90% of the guarantees are made without insures, because the comptroller's office has authorized a three-page concession format that releases them from their responsibility. The bank guarantee is half a page explaining in detail the parts, amounts, guarantee, and everything that will be covered until the process, work, or services are completed, with no conditions other than payment. The results of the investigation include that the sureties of insurance companies have not represented any benefit for the panamanian state and have caused millions of dollars in losses.

Key words: Damages, assets, bond, hiring, insurance

INTRODUCCIÓN

El objetivo de la investigación es demostrar que las fianzas de compañías de seguro como garantías de contratos públicos, son las únicas que presentan problemas a la hora de hacerlas efectivas por incumplimiento del deudor principal. A principio de la década de los años 80 solo existían como garantías de contratos con el Estado los títulos de créditos del Estado, dinero en efectivo, garantías bancarias, cheques certificados o de gerencia y garantías hipotecarias. Posteriormente con la Ley 32 de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República, se le autoriza para regular las fianzas en las contrataciones públicas que se celebren con el Estado y se incluyen a las compañías de seguro, pero con un formato especial elaborado por ellas y aprobados por la Contraloría donde se establecían condiciones para liberarlas de responsabilidad en caso de incumplimiento del deudor principal.

Para oficializar su irresponsabilidad con el Estado, el Contralor General de la República emite el Decreto No. 317 de 12 de diciembre de 2006, por el cual se reglamentan las fianzas que se emiten para garantizar las obligaciones contractuales del estado y se establecen sus modelos. Este Decreto inconstitucional e ilegal que establece privilegios especiales para este grupo financiero, ha traído y sigue ocasionando millones de pérdidas al Estado panameño en fianzas vencidas, porque el contratista se perdió y no le avisaron, porque el contratista no entregó el suministro en la fecha pactada y no le avisaron, porque al contratista lo embargaron y no le avisaron y otras condiciones dentro del formato y fuera del formato. Este problema no se presenta con ninguna fianza emitida por los bancos, títulos de créditos del Estado ni las hipotecarias.

Aclaro que las fianzas emitidas por compañías de seguro son las más usadas, porque resultan más económicas a los contratistas y como las compañías de seguros saben que no van a pagar en caso de reclamos y que la Contraloría obliga a todas las instituciones públicas a aceptar estas fianzas, aunque las instituciones estén convencidas que son un problema y que no garantizan los contratos y obligaciones de los deudores en caso de incumplimiento.

En el informe de gestión del Contralor en el período del 1º de noviembre de 2018 al 31 de octubre de 2019, página 48, esa institución en un año refrendó contratos, convenios y acuerdos por la cantidad de 1, 259,728 documentos por la suma total de B/ 22, 182, 634,866.00 y el 95% de esos documentos están garantizados por compañías aseguradoras que saben que no van a cumplir.

El Ministerio de Desarrollo Agropecuario celebró contrato con la Empresa Hidalgo & Hidalgo, para construir el sistema de Riegos de Tonosí, adjudicado en enero de 2012 por un monto de ciento cincuenta y cinco (155) millones de balboas, con un adelanto anticipado del 20% del contrato o

sea treinta un (31) millones de balboas de balboas. En este contrato se constituyó la fianza de pago adelantado con compañías aseguradoras cubriendo el 100% del adelanto y ese dinero lo perdió en su totalidad el Estado y la compañía garante no pagó. De acuerdo a nuestra investigación el adelanto se hace obligante porque allí está garantizada la comisión de los funcionarios que contratan las obras o servicios ya que si al empezar el contrato lo despiden o lo cambian el funcionario aseguró su porcentaje, pues este tipo de garantías es un foco de corrupción impresionante. Por eso es normal permitir fianzas que no respondan y el Estado sea la víctima finalmente.

La Contraloría General de la República le ha aprobado ocho modelos de fianzas a las compañías aseguradoras en los actos públicos, para que sustraigan el dinero público y son las siguientes: 1.-Fianza de propuesta 2.-Fianza de cumplimiento 3.-Fianza de pago 4.-Fianza de pago anticipado 5.-Fianzas aduanales 6.-Fianzas de corredor 7.-Fianzas de cumplimiento de inversión 8. Fianzas de Recurso de impugnación 9.-Fianzas judiciales. Esta última fianza hasta donde he investigado los jueces y abogados no han permitido a la Contraloría regular su modelo y por eso estas fianzas judiciales si representa una verdadera garantía al igual que las garantías bancarias, sin condiciones y hasta la terminación del proceso y hay juicios que demoran más de 40 años. (Ver Figura No.1).-

El Contrato de Fianza es aquel en el cual una de las partes se compromete a cumplir una obligación contraída con un tercero, en el caso de que éste no llegue a cumplir en el tiempo y en las condiciones en que se obligó.

El Artículo 1512 del Código Civil panameño define la fianza de la siguiente manera: “Por fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en caso de no hacerlo éste”.

El Código de Comercio de la República de Panamá en el Artículo 809 dice: “Si el fiador fuese ejecutado con preferencia del deudor principal, podrá ofrecer al embargo los bienes de éste si estuvieren libres, pero si no lo estuvieren o fueran insuficientes, correrá la ejecución contra los bienes propios del fiador hasta el efectivo pago del acreedor y ejecutante”.-

En el Código Fiscal de Panamá en el Artículo 1093 dice así: “Todo empleado o agente de manejo está obligado a prestar fianza que garantice las responsabilidades que le incumban, de manera que queden ampliamente protegidos los intereses del Estado”.

La Constitución de la República de Panamá en su Artículo 280 dice lo siguiente: “Son funciones de la Contraloría General de la República, además de las que señale la Ley, las siguientes:

1.....

6.-Establecer y promover la adopción de las medidas necesarias para que se hagan efectivos los créditos a favor de las entidades públicas.

Por eso digo que los formatos de fianzas de compañías de seguros aprobados por la Contraloría General, son inconstitucionales e ilegales, porque infringen la Ley Orgánica de la propia Contraloría, al igual que los códigos Civil, Fiscal y de Comercio de la República de Panamá que son leyes de obligatorio cumplimiento, desviando el concepto de fiador lo que en la doctrina del Derecho Administrativo se llama Desviación de poder, causando perjuicios millonarios al Estado panameño y, en consecuencia, a los ciudadanos que ven mermados los servicios público por la corrupción en sus diversas formas.-

En el gobierno militar de 1968 a 1989 no hubo modificaciones importantes al Código Fiscal y, mucho menos que se causara perjuicios al Estado, el deudor pagaba porque pagaba. Al entrar la nueva era de gobiernos democráticos desde: Guillermo Endara (1989-1994); Ernesto Pérez Balladares (1994-1999); Mireya Moscoso (1999-2004); Martín Torrijos (2004-2009); Ricardo Martinelli (2009-2014); Juan Carlos Varela (2014-2019) y el actual de Laurentino Cortizo (2019-2024), Todos, incluyendo el actual, han modificado la Ley de contrataciones públicas para evitar la corrupción y no quieren escuchar, a pesar que hemos intervenido en las discusiones de esas leyes como ciudadano, nadie le interesa ver este problema de las garantías otorgadas por compañías aseguradoras que tanto daño han causado a los intereses públicos.

No hemos encontrado antecedentes anteriores sobre el estudio de este problema ya que es un grupo institucional que mira hacia otro lado y no quieren resolverlo. No han querido publicar información estadística concreta de los contratos cuyas fianzas no han sido honradas por las compañías aseguradoras, ni la cantidad de dinero que anualmente pierde el Estado por el incumplimiento de estas compañías aseguradoras.

Las preguntas de la investigación son las siguientes:

1. De qué manera se puede eliminar la práctica de adelantos por obras o servicios en los contratos con las entidades públicas, entendiendo que es un foco de corrupción?
2. Qué perfil buscan las entidades públicas para contratar con una empresa que no tiene solvencia económica, personal calificado, equipos o experiencia debidamente comprobada de lo que se va a contratar?
3. Por qué la Contraloría ha permitido que el Estado sea atrapado en un formato hecho por las aseguradoras y no por el Estado con su poder y autoridad?

4. Por qué los políticos no quieren atender este foco de corrupción altamente costoso a los intereses públicos?
5. Por qué la Contraloría General de la República obliga a las entidades públicas a permitir esa fianzas que no representan garantía a pesar que la ley permite otros tipos de fianza que sí son efectivas al momento de ejecutarse?
6. La Contraloría está consciente que el contratista paga el valor de la fianza, pero su valor se lo carga al proyecto para que el estado lo pague?
7. Por qué la Contraloría General no incentiva a utilizar los títulos valores del Estado, garantías bancarias e hipotecarias y dinero en efectivo y en su lugar promueve a las aseguradoras?
8. Por qué la Contraloría General en violación de la Constitución y las leyes, ha desvirtuado la figura de fiador para favorecer que las aseguradoras no paguen?
9. Por qué la Ley de contrataciones públicas no elimina definitivamente el pago adelantado en toda clase de contratos con las entidades públicas y en su lugar se le retiene al contratista un 20%, 30% como fianza que sea devuelta cuando termine el período de garantía del contrato a satisfacción?.

MATERIALES Y MÉTODOS

La población sometida a estudio estuvo compuesta por un total de 30 jefes de la Dirección de Asesoría Legal, once de ministerios y diecinueve entidades autónomas del Estado, quienes atenderán el 95% de todos los contratos públicos y quienes tendrán a su cargo la ejecución de las fianzas en caso de incumplimiento del deudor principal. Para obtener la información se utilizará la entrevista personal con el propósito de tener una información directa de los abogados e intercambiar y aclarar las interrogantes que se plantearán.

El cuestionario que se utilizó comprendió aspectos relacionados con el método científico para la calidad de los informes. El cuestionario se sometió a una prueba previa con el propósito de conocer la información de la investigación. La sección de métodos describió a los lectores como se conduciría su estudio, incluyendo información sobre la población, muestra, método y equipo. El método escogido para esta investigación es conocido como IMRyD, (Cisneros y Olave,2012).

El enfoque de la investigación fue cualitativo al recolectar datos para descubrir y afinar preguntas de la investigación guiadas por áreas o temas significativos de investigación. Sampieri, H., Fernández C. y Baptista, L.(2014).

Tanto el enfoque cualitativo como el cuantitativo son muy valiosos en las investigaciones

al haber realizado muchas aportaciones al avance del conocimiento, aunque según los autores ninguno es mejor que otro, ya que constituyen diferentes aproximaciones al estudio del fenómeno investigado Bolivia, (2019).

El Artículo 111 de la Ley 61 de 2017, que regula las contrataciones públicas dice así: Las fianzas habrán de constituirse en efectivo, en títulos de créditos del Estado, en fianzas emitidas por compañías de seguros o mediante garantías bancarias o en cheque certificado o de gerencia.

En el Artículo 112 de la mencionada Ley se refiere a la competencia de la Contraloría General de la República y dice así: “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 incluirán los modelos de fianzas correspondientes”.

A pesar que todos los abogados de las entidades públicas saben que los modelos de fianzas que ha emitido la Contraloría para las compañías de seguro no sirven sino para hacerle perder al Estado los dineros de los contribuyentes, se ven obligados a no rechazar estas fianzas de las compañías aseguradoras, por la atribución que le confiere la Ley de contrataciones públicas a la Contraloría. En todas las administraciones presidenciales desde 1989 a 2020 se ha modificado la Ley de contrataciones públicas solo para buscar la manera de perjudicar al Estado y no para proteger los recursos públicos.

Los contratos Llave en Mano son la mejor forma de contratar con el Estado por lo siguiente: los proponentes van a una precalificación previa donde se evalúan los siguientes puntos primordialmente: 1.-Solvencia económica 2.-Personal calificado 3.-equipo y maquinaria 4.-experiencia en el área 5.-Oficinas. Aquí esos numerales se les da una ponderación de 20 puntos y los que saquen de 81 puntos en adelante quedan seleccionados. Luego en otra fecha van a la parte financiera y se llamará por orden los que más se acerquen al valor que ha estimado el estudio de factibilidad de la entidad pública. Se le invita al más cerca del precio oficial, si este no acepta se llama al más alto que se baje y así sucesivamente, las reglas están claras y nadie protesta. En este tipo de contrato el Estado paga al final de la obra cuando la recibe a satisfacción y si es por cinco años la Institución en cada presupuesto anual prorroga el valor y lo va depositando en el Banco

Nacional para pagar el recibir el Estado la obra.

La Ley 61 de 2017 en sus artículos 109 y 110 altera totalmente el concepto Llave en Mano para que las entidades tengan la facilidad de negociar con los contratistas a través de adendas y modificaciones al contrato original. En cada período presidencial que se ha modificado la Ley de contrataciones públicas es para acomodar la corrupción y no para acabar con el perjuicio a las entidades públicas que son víctimas de los contratistas corruptos, funcionarios corruptos y de las fianzas de compañías de seguro.

RESULTADOS

De las entrevistas que se realizaron a los treinta funcionarios que atienden personalmente los reclamos de los miles de contratos que se tramitan anualmente en las entidades públicas, se determinó por parte de los abogados entrevistados que las fianzas de compañías aseguradoras causaron muchos problemas al momento de cumplir con su condición de fiadoras en las obligaciones contractuales.

La recolección de datos en la entrevista a los abogados jefes de las instituciones públicas en primera línea son los que deben presentar los reclamos de las fianzas ante un eventual incumplimiento del deudor principal, por lo que su experiencia da la validez y confiabilidad al objetivo de la investigación. Se tomó la información de las entidades públicas porque son las que sufren el día a día el atraso y el abandono permanente de obras y servicios, porque el 95% de las empresas contratistas usan este tipo de fianzas que les libera a ellos de responsabilidad en caso que deba exigirse. Las fianzas bancarias son hasta la terminación de la obra sin condiciones para pagar, es decir, la única condición es que el deudor principal no cumpla para ellos hacerlo. Así ocurre con las fianzas con títulos valores del Estado y las hipotecarias que no agregan ningún tipo de condición para hacerla efectiva ni estar pendiente de su vencimiento. Se tuvo muchas limitaciones para obtener la cantidad de contratos incumplidos porque los archivos de esas instituciones los tienen como documentos confidenciales y el protocolo es tedioso y complicado. Es cierto que esos contratos son publicados en la Gaceta Oficial Digital, pero la información por incumplimiento es casi nula. Se aplicaron las preguntas orales a los entrevistados porque las respuestas podían ser aclaradas o ampliadas inmediatamente por el entrevistado.

En cuanto al análisis de datos las respuestas obtenidas en la población mayoritaria y casi total de los encargados de atender las reclamaciones por incumplimiento fueron los correctos para el nivel de medición de los datos y se analizan con relación a los objetivos del estudio. La hipótesis de trabajo se probó con el análisis de los formatos expedidos y aprobados por la Contraloría

General de la República, exclusivamente para favorecer las compañías aseguradoras y excluir, de esas manera, las otras garantía a que se refiere la Ley.

En la investigación se entrevistó solo a los abogados jefes de las asesorías legales de las entidades públicas que son las que se encargan de los reclamos en caso de incumplimiento del deudor principal.

Los datos fueron analizados por técnicas cualitativas y cuantitativas a través del segmento de la población que le da la validez y confiabilidad al instrumento de medición. El análisis de recolección de datos duró aproximadamente cuatro meses con intervalos de interrupción por limitaciones involuntarias.

La presentación de datos determinó la respuesta al planteamiento del problema y las posibles hipótesis sobre el verdadero problema que presentan éstas garantías de compañías de seguros que lo que han dejado es una pérdida de dinero a las arcas públicas a causa de los formatos aprobados por la Contraloría General de la República.

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

En esta investigación se pudo determinar que la Contraloría General de la República, ha permitido que las compañías de seguros les hagan un formato de fianza a su medida con requisitos violatorios de las leyes nacionales e internacionales sobre la figura de lo que es un fiador, perjudicando al Estado quien es el que pierde millones de dólares cada año en este tipo de garantías que no representan los intereses del públicos sino de las compañías aseguradoras en perjuicio de los otros tipos de garantías que la Ley permite y que si son efectivas al momento de ejecutarse por incumplimiento del deudor principal. Hemos tenido muchas limitaciones por las reservas de las instituciones como la Contraloría General de la República que no tiene estadísticas de acceso público de los incumplimientos de contratos garantizados por compañías aseguradoras Avello Al (2019). Esta falta de información debe ser atendida para futuras investigaciones, que apoyen nuestra hipótesis de que las fianzas constituidas por compañías aseguradoras son una pérdida de dinero al Estado panameño causada precisamente por la institución que debe velar por la correcta inversión de los fondos públicos y que es responsabilidad constitucional de la Contraloría General de la República.

Presentamos el Modelo de Fianza de compañías aseguradoras que imperaba antes del Decreto del Contralor General No. 317-Leg de 12 de diciembre de 2006, cuando el Contralor General de ese período violó la constitución y las Leyes al aprobar los modelos de Fianzas para Compañías

de seguros, con condiciones para no pagar impuestas por las Compañías de Seguros y aprobadas indebidamente por la Contraloría General de la República, documentos que han perjudicado al Estado panameño y lo siguen perjudicando con la mirada de la Contraloría hacia las compañías de seguros y no cumpliendo con su deber Constitucional y legal de proteger los dineros públicos al establecer privilegios a este grupo de empresas, perjudicando los recursos del Estado.

FIGURA No. 1

En La Garantía de Assa Compañía de Seguros, S.A. número 81802701, expedida el 18 de julio de 1991, solo se identifican las partes y se indica el monto de la fianza por la suma de B/39,617.71 con nota al final que dice así: “La presente caución responderá por los resultados del juicio y transacción y permanecerá en vigencia hasta su terminación, pudiendo hacerse efectiva del modo previsto en la Ley”.-

Esta es una garantía seria y responsable que merece todo nuestro respeto, porque cumple cabalmente con la figura del fiador que en caso de que el deudor principal no cumpla el fiador asume su responsabilidad sin ninguna condición que no sea la de pagar. Otro detalle importante es que esta garantía no tiene término de expiración sino que estará vigente hasta que termine el proceso como debe ser y hay procesos que se extienden hasta por 50 años.



El modelo anterior lo dañó el Contralor General de la República con la emisión del Decreto No.317-Leg de 12 de diciembre de 2006, por la cual reglamenta las fianzas que se emitan para garantizar las obligaciones contractuales del Estado y se establecen sus modelos.

En este modelo aprobado por el Contralor aparecen términos como éste:

“INCUMPLIMIENTO: 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 que se haya dado inicio a las diligencias de investigación para el mismo fin, lo que ocurra primero”.

Este modelo obliga al Estado a estar pendiente del movimiento del contratista y a estar pendiente en miles de contratos para avisar en 30 días ya que si no lo hace en éste término el seguro no responde. Por qué la Contraloría General somete a las entidades públicas a semejante predicamento?

El siguiente párrafo del modelo dice lo siguiente:

LA FIADORA quedará exonerada de responsabilidad conforme a esta fianza en caso de que, producido cualquier incumplimiento por parte de EL CONTRATISTA, LA ENTIDAD OFICIAL no reclamare por dicho incumplimiento a LA FIADORA dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento de dicho incumplimiento, en sus oficinas principales, dando una relación escrita de los hechos principales reclamados. La notificación se efectuará por escrito a LA FIADORA.

¿Para qué sirven los modelos de la Contraloría con este tipo de cláusulas?

Como se puede observar en la Figura No.1 no hay condiciones que no sea la de pagar en caso de incumplimiento. Por qué razón la Contraloría General de la República cambió los formatos que eran garantías efectivas hasta la intervención de la Contraloría, para favorecer solo las compañías de seguros en perjuicio de los bancos, títulos valores del Estado, hipotecarios, dinero en efectivo y al Estado panameño que lo ha dejado desprotegido al evadir su responsabilidad Constitucional y legal al no proteger los fondos públicos?

La siguiente cláusula del Modelo dice así:

“El incumplimiento se da con la expedición de la resolución que resuelve administrativamente el contrato. LA FIADORA dispondrá de un término de treinta (30) días calendarios siguientes a la notificación del 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 ésta, tenga capacidad técnica y financiera, a juicio de la ENTIDAD OFICIAL”

Por qué razón la Contraloría le permite a la fiadora subrogarse en el deudor principal buscando contratar otra persona natural o jurídica que continúe la obra, violando el principio de licitación pública a que se refiere el Artículo 266 de la Constitución de Panamá. La fiadora debe pagar la cuantía de la fianza sin entrar en otras consideraciones.

SUBORDINACIÓN: LA FIADORA estará obligada a cumplir las obligaciones que contrajo conforme a la presente FIANZA, siempre que el CONTRATISTA haya debido cumplirlas de acuerdo a EL CONTRATO.

Esta cláusula es otra situación confusa que ha permitido la Contraloría para que las compañías aseguradoras no paguen. Es evidente que si el contratista no cumple, la garante tiene que hacerlo, pero la Contraloría con esto les permiten que eludan su responsabilidad y que el Estado pierda su dinero que la Contraloría debe proteger.

La pregunta es clara. ¿Por qué la Contraloría eliminó el modelo establecido en la figura No.1, para aprobarle otro con tres páginas de condiciones para no pagar? (Ver figura No.1)

FIGURA No. 2

FIANZA DE CUMPLIMIENTO

NÚMERO DE FIANZA: _____

CONTRATISTA: _____

LÍMITE MÁXIMO DE RESPONSABILIDAD: _____

ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE/ CONTRALORÍA GENERAL: _____

PARA GARANTIZAR LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS POR EL CONTRATISTA: (Se puede identificar el proceso de selección de contratista, la excepción de acto público o el contrato).

VIGENCIA: _____ Días a partir de la fecha indicada en los siguientes casos:

Orden de Proceder, refrendo o cumplida la condición a la cual se sujeta el contrato.

Conste por el presente documento (NOMBRE DE LA FIADORA), en adelante denominada LA FIADORA, por este medio le garantiza a LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE arriba indicada y a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, en adelante denominadas LA ENTIDAD OFICIAL, la obligación de ejecutar fielmente el objeto de EL CONTRATO antes enunciado, y una vez cumplido este, de corregir los defectos a que hubiere lugar.

VIGENCIA: Corresponde al período de ejecución del contrato principal, más un término de un (1) año, si se tratare de bienes muebles, consultorías y servicios para responder por vicios redhibitorios, tales 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 (6) meses, y por el término de tres (3) años, para responder por defectos de reconstrucción o construcción de la obra o bien inmueble. Vencidos estos términos y no habiendo responsabilidad, se cancelará la fianza. En caso de una OBRA entregada sustancialmente ejecutada, la fianza de cumplimiento para responder por vicios redhibitorios y defectos de construcción o de reconstrucción, comenzará a regir a partir del recibo de la parte sustancial de la obra usada y ocupada por el Estado, y para el resto de la obra, a partir del acta de aceptación final.

OBJETO: Esta fianza garantiza el cumplimiento del contrato u obligación de ejecutar fielmente su objeto y, una vez cumplido éste, corregir los defectos a que hubiere lugar.

INCUMPLIMIENTO: 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 que se haya dado inicio a las diligencias de investigación para el mismo fin, lo que ocurra primero.

LA FIADORA quedará exonerada de responsabilidad conforme a esta fianza en caso de que, producido cualquier incumplimiento por parte de EL CONTRATISTA, LA ENTIDAD OFICIAL no reclamare por dicho incumplimiento a LA FIADORA dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento de dicho incumplimiento, en sus oficinas principales, dando una relación escrita de los hechos principales reclamados. La notificación se efectuará por escrito a LA FIADORA.

El incumplimiento se da con la expedición de la resolución que resuelve administrativamente el contrato. LA FIADORA dispondrá de un término de treinta (30) días calendarios siguientes a la notificación del 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 ésta, tenga capacidad técnica y financiera, a juicio de la ENTIDAD OFICIAL.

Acciones Legales: Toda reclamación con base en esta fianza deberá ser hecha por la ENTIDAD OFICIAL, a LA FIADORA. Para efectos de reclamación, también se entiende a LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA como ENTIDAD OFICIAL.

Cualquier acción legal, ya sea judicial o extrajudicial que inicie LA ENTIDAD OFICIAL deberá entablarse contra EL CONTRATISTA conjuntamente con LA FIADORA y la petición deberá solicitar en todo caso la condena de EL CONTRATISTA y LA FIADORA.

SUSTITUCIÓN DEL CONTRATISTA: LA FIADORA tiene derecho dentro de los treinta (30) días calendarios siguientes a la notificación de incumplimiento contenida en la Resolución Administrativa del Contrato u Orden de Compra, a pagar el importe de la fianza, o a sustituir al contratista en todos los derechos y obligaciones del contrato, siempre que quien vaya a continuarlo, por cuenta y riesgo de la fiadora, tenga capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad pública contratante.

SUBROGACIÓN: En caso de que LA FIADORA le diere cumplimiento a las obligaciones asumidas por ella conforme a esta fianza, ya fuere mediante el pago de los perjuicios pecuniarios o mediante la ejecución de las obligaciones garantizadas, subrogará a EL CONTRATISTA en todos los derechos y pertenencias dimanantes de dicho CONTRATO, incluyendo todos los valores e indemnizaciones, pagos diferidos, porcentajes retenidos y créditos que LA ENTIDAD OFICIAL le debiere a EL CONTRATISTA al tiempo en que tuvo lugar la falta o que debieran pagársele después, según las estipulaciones de EL CONTRATO. En consecuencia, a partir del momento en que la ENTIDAD OFICIAL presente una reclamación a LA FIADORA, quedarán sin efecto cualesquiera cesiones de pago de dinero derivadas de EL CONTRATO y LA ENTIDAD OFICIAL cesará todo pago a EL CONTRATISTA, acreedores o cesionarios, los cuales a partir de ese momento aprovecharán exclusivamente a LA FIADORA. De igual manera, LA FIADORA se subrogará en cualesquiera otros derechos y acciones que LA ENTIDAD OFICIAL tuviere en contra de EL CONTRATISTA.

SUBORDINACIÓN: LA FIADORA estará obligada a cumplir las obligaciones que contrajo conforme a la presente FIANZA, **siempre que el CONTRATISTA haya debido cumplirlas de acuerdo a EL CONTRATO.**

PRÓRROGA O MODIFICACIÓN: LA ENTIDAD OFICIAL notificará a LA FIADORA las prórrogas, adiciones o modificaciones a los Contratos u Órdenes de Compra. LA FIADORA manifestará su consentimiento

mediante la emisión del endoso respectivo. En caso contrario, EL CONTRATISTA deberá presentar una FIANZA que garantice la Prórroga o modificación del contrato.

PRÓRROGA POR SUSTITUCIÓN DEL CONTRATISTA: Cuando LA FIADORA asuma por intermedio de una persona idónea al efecto la ejecución de la obra, tendrá derecho a convenir prórrogas del término pactado, incluyendo, sin limitar la generalidad de lo anterior, demoras motivadas por fuerza mayor o casos fortuitos. Para este fin, se tomará en cuenta la demora normal por razón de la sustitución de EL CONTRATISTA.

EN FE DE LO CUAL, se suscribe este Contrato en la ciudad de _____,
República de Panamá, a los _____ días del mes de _____ de
_____.

POR LA FIADORA

POR EL CONTRATISTA

(Texto aprobado por la Contraloría General de la República de conformidad con el Decreto Núm.317-Leg de 12 de diciembre de 2006).

CONCLUSIONES

La Contraloría General de la Republica es la responsable de la emisión del Decreto No. 317 de 12 de diciembre de 2006, por la cual se reglamentan las fianzas que se emiten para garantizar las obligaciones contractuales del Estado y se establecen los modelos, modelos éstos que violan la Constitución y las leyes vigentes de la República de Panamá y constituyen una carga muy pesada a los intereses públicos al tener las instituciones del Estado que aceptar, a sabiendas que no facilitan su cobro al momento de hacerlas efectivas, porque han sido autorizadas por la Contraloría General y quienes la presentan exigen que tienen que aceptarse.

Las compañías de seguros cambiaron el formato en la Figura No. 1, haciendo el formato que aparece en la Figura No. 2 y entregándoselo a la Contraloría General de la República para que le diera su aprobación, situación que nos es normal que el Estado por su poder y autoridad se adhiera a un contrato de Fianza hecho por un particular y dejando desprotegido los intereses públicos. Esto debe corregirse cuanto antes ya que se ha convertido en un foco de corrupción muy elevado en perjuicio de los intereses públicos. (Recodar Riegos de Tonosí donde el Estado recibió una Fianza de compañía aseguradora por adelanto del 20% en un contrato de 155,000,000.00 garantizando

31,000,000.00 y el Estado perdió ese dinero y el seguro basado en las tres páginas para no pagar aprobadas por la Contraloría no pagó y el Estado perdió ese dinero).

La facultad concedida a las compañías aseguradoras en los formatos aprobados por la Contraloría General de la República, desvirtúa el principio de competencia establecido en la Constitución y desarrollado en la Ley de Contratación pública, al permitir que las aseguradoras en vez de pagar el monto de la fianza en caso de incumplimiento del deudor principal, pueda ella misma contratar a un tercero, sin ningún tipo de evaluación técnica ni financiera por parte de la entidad pública dueña de la obra o del servicio, consideraciones que se tomaron en cuenta cuando se hizo el acto público que fue el paso previo para la elaboración del contrato original. Al incumplir el contratista con el Estado, el seguro debe pagar el monto pactado en la fianza total, como ocurre con los bancos, sin tener facultades de subrogarse en la obra sino en pagar el monto acordado.

Todas las definiciones que hemos expuesto en este trabajo tanto de la doctrina así como de los diferentes códigos panameños, se deja claramente establecida la obligación del fiador de pagar en caso de incumplimiento del deudor y no entrar en ninguna consideración diferente a la de pagar. No es correcto que se le dé la oportunidad al fiador de buscar cualquier persona natural o jurídica que no tenga la solvencia económica, la experiencia, el personal calificado, el equipo, maquinaria y oficinas debidamente establecidas dentro del país, para permitirle a las compañías de seguro evadir su responsabilidad respaldada por la Contraloría General.

RECOMENDACIÓN

Como se expresó antes, después del gobierno militar que fue derrocado por los Estados Unidos de América en diciembre de 1989, los siete presidentes incluyendo el actual que ha tenido la nueva democracia, han reformado la Ley de contrataciones públicas para acabar con la corrupción y ninguno hace lo que hay que hacer y son cosas muy elementales y sencillas a saber: Todos los actos públicos deben ir a una precalificación previa y en otro momento el precio solamente de los precalificados (en esa precalificación se evalúa solvencia económica de la empresa, personal calificado, experiencia, equipos y maquinarias y oficinas). Recomiendo eliminar totalmente los adelantos por obras y servicios y en su lugar tomar el 20%, 30% de los pagos que se hagan por tramos terminados o servicios parciales recibidos y eliminar todo tipo de fianza en los contratos públicos si total el Estado no puede hacer efectivas esas fianzas al momento de su ejecución. Esta propuesta no es invento mío lo aplican en el Canal de Panamá y en los contratos financiados por organismos internacionales como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco de Reconstrucción y Fomento, entre otros.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Avello, R.(2019). El escabroso tema de las auto-citas, blog: Escuela de autores de la Revista Comunicar.-

Avello, R. (2017). ¿Qué es un artículo original de investigación? Blog de Red, Revista de Educación a distancia.

Barnes, J. (2018). Estudios sobre el Procedimiento Administrativo, Editorial Tirant Lo Blanch, España.

Barreiro, R. (2015). Diccionario de la Energía Eléctrica, Editorial Abaco de Rodolfo de Palma, Argentina.

Cassage, J. (2016). El Principio de Legalidad y la Discrecionalidad Administrativa, Julio César Faira Editor, Montevideo, Buenos Aires.

Cuadra, T. (2015). Derecho de las Telecomunicaciones, Editorial Civitas, España.

De Canales, F., De Alvarado E., Pineda E. (2019). Metodología de la Investigación, Cochabamba, Bolivia.

De Roda, I. (2015). Revista Perspectiva Empresarial, Scholar.google.com.pa, 2(2), 35-55.-

Estevez, R. (2016). Manual de Derecho Urbanístico, Editorial El Consultor, Madrid.

Fernández, A., José, M. (2015). Contratación Pública, Editorial Bosch, España.

García, F. (2016). El Derecho Administrativo Internacional, Editorial Instituto Internacional de Administración Pública, Madrid.

Gordillo, A. (2017). Tratado de Derecho Administrativo, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires.

Lariguet, G. (2016). Metodología de Investigación Jurídica, Editorial Brujas, Universidad de Córdoba España.

López, R., Muñoz, G. (2018). Experiencia de Maestros para la formación de Lectores, Universidad de Yucatán, México.

Marato, M., González, M. (2015). Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, México.-

Marcelo, R. (2016). Manual de Redacción Científica, Caerán Poma, Lima, Perú.-

Martínez, J. (2016). Contratación y Transparencia, Editorial El Consultor, España.

Matas, A. (2018). Diseño del Formato Escolar, Tipo Likert, Revista Electrónica de investigación Educativa.-

Mitre, E. (2017). La Potestad Sancionadora del Estado y la Convencionalidad en sede administrativa, Congreso de Derecho Administrativo, Colegio Nacional de Abogados de Panamá.

Nettel, A. (2018). El Discurso de los Procedimientos Administrativos, Editorial Fontamara, México.-

Rendón, T. (2016). Solución Justa en el Derecho Administrativo, Universidad de Guanajuato, México.-

Rodríguez, J. (2016). Derecho Internacional de Contrataciones Administrativas, Editorial Konrad Adenauer Stiftung, Argentina.

Sampieri, R. (2014). Metodología de la Investigación, McGraw Hill Editorial, México.

Santiago, D. (2018). Libre Prestación de Servicios y Administración Local, Editorial Aranzadi, España.

Sarmiento, J. (2015). Estudios de Derecho Administrativo, Ediciones Depalma, Argentina.

Trayter, J. (2015). Desarrollo Administrativo, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona.

Zapata, R. (2015). La Investigación y la Edición Científica en la Web Social, la Ciencia Compartida, Revista de Educación a Distancia.

CÓDIGOS Y LEYES

Código Civil de la República de Panamá (2017), Editorial Nomos, S.A., Colombia.

Código de Comercio de la República de Panamá, Gaceta Oficial Digital No. 2418 de 4 de septiembre de (2016).-

Código Fiscal de la República de Panamá, actualizado por la Ley 76 de 13 de febrero de (2019), publicado en la Gaceta Oficial Digital 28714-B de 1 de febrero de 2018.-

Ley 32 de 1984 Orgánica de la Contraloría General de la República.

Ley 153 de 8 de mayo de 2020, que modifica la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, que regulan las Contrataciones Públicas en la República de Panamá.

Decreto del Contralor General de la República No. 317-Leg de 12 de diciembre de 2006, por el cual se reglamentan las fianzas que emitan para garantizar las obligaciones contractuales del Estado y establece los modelos.