

Seguridad y confianza contractual: Una mirada a las garantías de la contratación pública

Contractual Security and Trust: An Examination of Public Procurement Bonds

Marcos Olmedo Almanza Barrios

Contraloría General de la República.

Panamámaalmanza@contraloria.gob.pa

ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-7497-8166>

Recibido: 10/09/2023

Aprobado: 10/11/2023

Resumen

Este artículo explora el origen histórico de la confusión terminológica entre fianza y garantía, destacando sus diferencias fundamentales. Examina las formas de constituir garantías según la Ley de Contrataciones Públicas y profundiza en el concepto de fianza, sus características y la aplicabilidad del beneficio de excusión. Además, aborda los tipos de fianzas de contratación pública clasificadas según el objeto de la obligación garantizada, a saber, las fianzas de propuesta, cumplimiento y pago anticipado.

Palabras Clave: Contratación pública, contrato, fianza, garantía, Estado, fiador, contratista, beneficio de excusión, fianza de propuesta, fianza de cumplimiento y fianza de pago anticipado.

Abstract

This article explores the historical origin of terminological confusion between bond and guarantee, emphasizing their fundamental differences. It examines the ways to establish guarantees according to the Public Procurement Law, delving into the concept of a bond, its characteristics, and the applicability of the benefit of excussion. Furthermore, it addresses the types of public procurement bonds classified based on the object of the guaranteed obligation, namely, bid bonds, performance bonds, and advance payment bonds.

Keywords: Public procurement, contract, bond, guarantee, State, guarantor, contractor, benefit of excussion, bid bond, performance bond and advance payment bond.

Introducción

Las fianzas desempeñan un papel destacado en la contratación pública, asegurando que los acuerdos se cumplan a cabalidad y que los fondos públicos se utilicen de manera eficiente y responsable. Este artículo se adentra en este tema, abordándolo desde cuatro aspectos fundamentales.

En Panamá, es escasa la literatura sobre las fianzas de contratación pública, razón por la cual presentamos este trabajo con el propósito de sentar las bases de este instrumento jurídico, explorando las diversas formas en que se pueden constituir las garantías en la contratación pública, desde el efectivo hasta las garantías bancarias, puesto que entenderlo es esencial para la toma de decisiones, por parte el Estado y sus contratistas.

Asimismo, analizaremos en profundidad qué implica un contrato de fianza en el contexto de la contratación pública, lo cual nos ayudará a comprender cómo funciona este acuerdo para administrar eficazmente las garantías en proyectos gubernamentales.

Por último, exploraremos los diferentes tipos de garantías utilizados en este contexto, desde garantías de cumplimiento hasta garantías de pago anticipado. Cada una de ellas tiene un propósito específico y brinda un nivel único de seguridad.

1. Generalidades

Un elemento fundamental en la contratación pública, sin duda, es la fianza, instrumento contractual y jurídico que respalda las responsabilidades y obligaciones a cargo de los contratistas del Estado, otorgando mayor poder y confianza (Hinestrosa, 2007), dado que al presentarse un incumplimiento en la ejecución de los contratos, el Estado tiene el poder de reclamar por el incumplimiento de la obligación y tener la confianza de que será indemnizado, ya sea mediante el pago o el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato garantizado.

En Panamá, el primer párrafo del artículo 120 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la (Ley 153, 2020), en adelante Ley de Contrataciones Públicas, establece la forma en que se pueden constituir las garantías en las contrataciones públicas al disponer lo siguiente: “Las fianzas habrán de constituirse en efectivo, en títulos de crédito del Estado, en fianzas emitidas por compañías de seguros, o mediante garantías bancarias o en cheque certificado o de gerencia”.

Del artículo citado, es necesario precisar que a lo largo de la historia ha existido una confusión entre los términos fianza y garantía, ya que ambos conceptos jurídicos se encuentran relacionados con la responsabilidad y el cumplimiento de las obligaciones; sin embargo, existen diferencias entre sí.

De esta confusión, no escapó el legislador patrio al referirse a las fianzas de contratación pública, incurriendo en un error terminológico al enmarcar otros tipos de garantías bajo esta figura jurídica, lo que representa uno de los principales problemas de interpretación y aplicación de la ley.

La confusión en torno a los términos “fianza” y “garantía” tiene sus raíces en un sentido histórico y legal que es esencial comprender. Desde una perspectiva doctrinal, la garantía personal más antigua, que se remonta al Derecho Romano, es la “fianza”, mediante la cual un tercero se comprometía con el acreedor a pagar en nombre del deudor si este último no cumplía con su obligación. Además, en esos tiempos, las consecuencias por incumplimiento podían ser extremadamente severas, incluso la pena de muerte (Sánchez Flores, 2001). Por tanto, la fianza estaba estrechamente relacionada con la confianza que un tercero depositaba en la relación jurídica.

Por otro lado, la noción más amplia de garantía abarca cualquier medio que asegure o compense a un individuo (acreedor) por el incumplimiento o daño causado por otro (deudor), sin necesidad de la intervención de un tercero para garantizar el cumplimiento de la obligación. Por lo que no es lo mismo hablar de “garantía” que de “contrato de garantía”. Mientras que la definición que hemos proporcionado para “garantía” tiene un alcance general, el “contrato de garantía” es un tipo específico de garantía que implica un acuerdo de voluntades, generalmente escrito, que vincula a una persona o a un determinado bien, como respaldo de una obligación en caso de incumplimiento. Dentro de la categoría de contratos de garantía, encontramos la fianza (garantía personal), la prenda y la hipoteca (garantías reales).

De allí que, en artículo 120 de la Ley de Contrataciones Públicas, se contemplan varias formas de constituir garantías, que fueron equívocamente arropadas bajo la figura de la fianza.

2. Formas de constituir garantías en la contratación pública

2.1. Efectivo

Las garantías constituidas en efectivo son una forma de garantía financiera que se utiliza regularmente en los negocios y transacciones comerciales, y se refiere al uso de dinero en efectivo como respaldo para asegurar el cumplimiento de una obligación. Sin embargo, comúnmente, la forma en que el efectivo se constituye en garantía es a través de su depósito en una cuenta bancaria que, por lo general, pertenece a un tercero designado quien custodia estas sumas de dinero hasta el cumplimiento de la obligación.

Es importante mencionar que, este modo de garantizar las obligaciones es muy poco utilizado, ya que representa un gran costo por parte del garante, porque afecta directamente su patrimonio, pues son dineros que no podrá utilizar en el futuro.

2.2. Títulos de créditos del Estado

Los títulos de crédito son documentos de contenido crediticio que representan una deuda y confieren a su tenedor el derecho a recibir las prestaciones o pagos especificados en ellos. Estos instrumentos financieros desempeñan un papel fundamental en la economía y en la gestión de las finanzas estatales. En el contexto del Estado, la emisión de títulos de deuda pública cumple un propósito crucial: Financiamiento del presupuesto gubernamental.

Entre los diversos tipos de títulos de deuda pública o títulos de crédito que el Estado emite, destacan las letras, notas y bonos del tesoro. Estos instrumentos financieros pueden variar en

plazos de vencimiento, tasas de interés y condiciones. Sin embargo, a pesar de su importancia en el ámbito financiero, es interesante notar que su utilización como garantía en la contratación pública es relativamente escasa, debido a que estos títulos de deuda pública generalmente se consideran activos financieros destinados a inversiones y no como mecanismos adecuados para respaldar obligaciones contractuales, por lo que los contratistas del Estado tienden a recurrir a otras-formas de garantía más apropiadas.

2.3. Cheque certificado o de gerencia

Nuestro Código de Comercio patrio no nos ofrece una definición de cheque, pero podemos definirlo como aquel título de valor en el que el titular de una cuenta bancaria ordena a su banco que pague una determinada cantidad de dinero a otra persona, ya sea natural o jurídica, considerándose una promesa de pago por parte del titular de la cuenta.

Al respecto, Débora Basurto (s.f.) señala lo siguiente:

Podemos definir el cheque, como aquella orden de pago pura y simple, emitida (librada) contra un banco en el cual el emisor (librador) tiene fondos depositados a su orden, en cuenta corriente bancaria. También se define como aquel documento que permite al librador retirar en su provecho o en el de un tercero la totalidad o parte de los fondos disponibles. La doctrina ha coincidido en sostener que el cheque es un típico instrumento o medio de pago. Un producto del desarrollo bancario, cuyo uso es universal.

Esta forma de constituir garantía opera de la misma forma que el efectivo, con la diferencia de que el instrumento de pago es distinto. Si bien, la emisión de un cheque no representa dinero líquido inmediato a disposición del beneficiario en caso de incumplimiento de las

obligaciones garantizadas, este debe estar respaldado con una cuenta bancaria con fondos disponibles, por ello es considerado una promesa de pago por parte su titular que, al ser depositado correctamente, las sumas de dinero consignadas en el documento pasarán a estar en posesión del beneficiario, quien los mantendrá en custodia hasta cumplida la obligación.

Ahora bien, la Ley de Contrataciones Públicas señala que estos cheques deben ser certificados o de gerencia. Tanto los cheques certificados como los de gerencia son tipos especiales de cheques, y se utilizan generalmente en transacciones o negocios que requieren de mayor respaldo o garantía de pago, tal es el caso de la Contratación Pública; no obstante, presentan diferencias entre ellos.

El cheque certificado, también denominado “cheque conformado”, tuvo su origen en la costumbre bancaria del Estado New York, quien firmó el 19 de mayo de 1897 la *Negotiable Instruments Law*, texto normativo que reconoce formalmente esta clase de cheques (Peña Nossa, 2019). Podríamos definirlo como aquel donde el banco emisor certifica que los fondos bancarios del librador son suficientes para pagar la suma descrita en este, es decir, el banco emisor reserva estos fondos garantizando que el beneficiario reciba el pago al momento de la presentación del cheque.

Por otro lado, a diferencia del cheque certificado, donde el emisor únicamente valida y certifica la existencia de los fondos del cuentahabiente y los reserva, el cheque de gerencia es expedido por el banco con cargo a sus propias dependencias, por lo que el emisor cumple una doble función, ya que actúa como girador y girado.

2.4.Fianzas emitidas por compañías de seguros

En primer lugar, es importante señalar que, en la contratación pública, la fianza es el tipo de garantía más utilizada, debido a que esta no castiga la capacidad financiera del contratista, permitiéndole invertir eficientemente su dinero en la ejecución del contrato.

Queremos destacar que, la Ley de Contrataciones Públicas al señalar que las fianzas que se podrán constituir como garantía de los contratos públicos son aquellas emitidas por compañías de seguros, pareciera que estaría excluyendo la posibilidad de que otras entidades financieras pudieran emitir este tipo de garantía; empero, queda abierta la posibilidad de que la fianza también puedan ser emitidas por bancos, ya que dentro de los tipos de “fianza” de contratación pública se contemplan las garantías bancarias.

Sobre este tipo de garantía volveremos a profundizar más adelante.

2.5.Garantías bancarias

Las garantías bancarias, en general, pueden definirse como compromisos escritos por parte de un banco para respaldar las obligaciones de un cliente, por lo que dentro de este concepto se enmarcan varios tipos de garantías que son emitidas por los bancos dentro de su giro normal de operaciones.

Sobre las garantías bancarias, nos parece interesante la definición que nos ofrece la Superintendencia Financiera de Colombia (2004), al señalar:

Así las cosas, las garantías bancarias son aquellas expedidas por uno cualquiera de los establecimientos de crédito para asegurar el cumplimiento de una o varias obligaciones de manera total o parcial, contraídas por un cliente suyo a favor de terceros, tales como los avales, las aceptaciones, la carta orden de crédito, etc. En

general puede decirse que en todos los supuestos en donde un cliente de un establecimiento de crédito se vea constreñido a respaldar la seriedad de una oferta, el cumplimiento de requisitos, etc., cabe la posibilidad de otorgar una garantía bancaria por parte de éste.

En Panamá, las garantías bancarias más utilizadas en la contratación pública son las cartas de crédito y las fianzas, las cuales, a nuestro parecer brindan mayor respaldo en el cumplimiento de las obligaciones.

3. El contrato de fianza

3.1. Aspectos Fundamentales

El (Código Civil) panameño, en su artículo 1512, establece que "por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste". Este artículo, que es un reflejo del artículo 1822 del Código Civil español, sienta las bases de la definición de este tipo de garantía, ya que si bien no se refiere propiamente al contrato de fianza, se enfoca en la función que desempeña, coincidiendo con Casanueva (1999), quien al abordar el artículo 1936 del Código Civil italiano, que define el contrato de fianza como aquel en el cual el fiador, al comprometerse personalmente frente al acreedor, garantiza el cumplimiento de una obligación ajena, señala que "no parece que con tal disposición se esté refiriendo específicamente al contrato (o incluso al negocio) de fianza; parece que a lo que se refiere es a la función que realiza este en la esfera jurídica".

Por su parte, la (Resolución No.2259-2023-LEG/FySE) emitida por la Contraloría General de la República, en el ámbito de la contratación pública, en su artículo 3, dispone lo siguiente:

La fianza es un contrato contenido en un documento de texto breve y general, que vincula al fiador, que puede estar constituido por una o más compañías aseguradoras o entidades bancarias, quien es garante del cumplimiento de una obligación de una persona natural o jurídica, llamada FIADO, para con un tercero, constituido por la entidad estatal correspondiente y la Contraloría General de la República, llamadas ENTIDAD ESTATAL BENEFICIARIA. Para los efectos de la presente reglamentación igualmente se entiende a la Contraloría General de la República como LA ENTIDAD ESTATAL BENEFICIARIA.

Este artículo, además de describir la relación entre el fiador y el beneficiario de la garantía, clasifica la fianza como un contrato. Es relevante destacar que, este artículo introduce el concepto de lo que podríamos denominar "Fianza de Contratación Pública". Esta forma particular de fianza se encuentra dentro de la categoría más amplia de las fianzas legales, según lo señalado en el artículo 1513 del Código Civil panameño.

Para Sánchez Flores (2001), “la fianza es un contrato accesorio por el cual una persona se compromete con el acreedor, a pagar por el deudor, la misma prestación o una equivalente o inferior, en igual o distinta especie, si este no lo hace”.

De esta definición de fianza resalta su naturaleza de contrato secundario y accesorio, donde una persona denominada “fiador” se compromete con el acreedor a cumplir con la obligación del deudor principal en caso de que este último no lo haga. Resulta interesante que, según lo señalado, la fianza permite flexibilidad en cuanto a la naturaleza de la prestación que el fiador podría tener que cumplir; podría ser la misma que la del deudor, una equivalente o incluso de menor valor, siendo concordante con el artículo 1516 de nuestro (Código Civil), que

establece que “el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones”.

Adicionalmente, expresa el autor que el cumplimiento de fiador puede ser en la misma categoría o en una diferente, posibilidad que ofrece la Ley de Contratación Pública al fiador, al disponer en su artículo 129 que, en caso de incumplimiento por parte del contratista, la fiadora tendrá la opción de pagar el importe de la fianza o de sustituir al contratista en todos los derechos y obligaciones del contrato.

Es preciso destacar que, la relación triangular entre el fiador, el deudor y el acreedor es un aspecto fundamental de este tipo de contrato, donde la confianza en la capacidad y solvencia del fiador juega un papel esencial. En consecuencia, el artículo 1518 del (Código Civil) ordena que el obligado a dar fianza debe presentar una persona que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza.

De allí que, el artículo 120 de la Ley de Contratación Pública establece la obligación de la Superintendencia de Seguros y Reaseguros de Panamá y de la Superintendencia de Bancos, de remitir como mínimo semestralmente, para consideración de la Contraloría General de la República, el listado de las compañías de seguros y bancos que gocen de solvencia, indicando en cada caso el monto de las obligaciones que pueden garantizar estos, con el propósito de contar con información actualizada sobre estas instituciones financieras y facilitar la toma de decisiones por parte de las entidades públicas, contribuyendo a que cuenten con garantías sólidas al celebrar sus contratos, protegiendo así los intereses del Estado y de la ciudadanía en general.

Sobre este particular Sánchez Flores (2001), ha mencionado lo siguiente:

Por supuesto, que también en la fianza la garantía resulta en definitiva de la solvencia patrimonial del fiador, en virtud del principio de que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes; pero, hay aquí una responsabilidad difusa, sobre todo el patrimonio, y no sobre partes concretas del mismo.

La responsabilidad difusa a la que se refiere el autor, representa uno de los problemas más relevantes en materia de las fianzas en la contratación pública, ya que la emisión de fianzas por parte de las compañías aseguradora y los bancos se encuentra dentro del giro regular de sus operaciones, es decir, una misma entidad financiera podría encontrarse garantizando más de una contratación, por lo que al existir una responsabilidad difusa, sobre todo el patrimonio del fiador, esta característica se repite en cada obligación garantizada. Por tanto, aun cuando en la contratación pública los entes supervisores de las aseguradoras y los bancos certifiquen la solvencia y el monto de las obligaciones que pueden garantizar sus supervisados, esto no elimina la posibilidad de que el fiador multiplique sus obligaciones de garantía, lo que representa una situación de desconfianza, dado que de existir incumplimiento de más de una de estas obligaciones, la fianza “no otorga ningún beneficio” (Sánchez Flores, 2001) al Estado en caso de que el conjunto de obligaciones garantizadas supere la capacidad financiera del fiador, escenario que se ha presentado recientemente en nuestro país, en atención a la insolvencia de la compañía Aseguradora Nacional de Seguros de Panamá y Centroamérica, que la condujo a un proceso de liquidación forzosa.

3.2. Características de las fianzas de contratación pública

En primer lugar, es importante resaltar que, tal como mencionamos anteriormente, esta es una fianza de tipo legal, debidamente contemplada en la Ley de Contrataciones Públicas, y que presenta características propias. Veamos cada una de ellas:

3.2.1. Aleatoria

Sobre los contratos aleatorios, el artículo 1482 del (Código Civil) patrio señala:

Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado.

Con relación al tipo de contratos, Cervantes Altamirano señala que “es aleatorio, cuando las partes tienen en cuenta un riesgo de provecho o de pérdida, del cual hacen depender esencialmente la existencia o cuantía de sus obligaciones” (1950).

Por tanto, un contrato aleatorio implica que el obligado en la relación jurídica se comprometa al cumplimiento de la obligación en respuesta a un evento incierto o un acontecimiento que ocurrirá en un momento indeterminado.

Este elemento de incertidumbre es particularmente relevante en el contrato de fianza, puesto que el fiador se compromete a asumir la obligación principal del contratista en caso de incumplimiento, que depende de que el deudor no cumpla con su deber original, lo que puede considerarse un evento incierto, aun cuando se conozca el alcance de su responsabilidad, en virtud de que el fiador acepte el riesgo de pérdida en función del comportamiento futuro del deudor.

3.2.2. Accesoría

Una de las características más distintivas de los contratos fianza es su naturaleza accesoría, la cual se encuentra definida en el artículo 1514 del (Código Civil), en atención al cual la fianza solo puede existir si está respaldando una obligación válida y previamente establecida, es decir, la existencia de la fianza depende de una obligación legítima y primitiva que requiere garantía.

En este sentido, el artículo 3 de la (Resolución No.2259-2023-LEG/FySE) de 10 de agosto de 2023 señala que, “para los efectos técnicos y legales se harán extensivas y propias las cláusulas del contrato principal dentro del contrato de fianza, en lo relativo a la ejecución del contrato.”

3.2.3. Autónoma

En virtud del carácter autónomo de la fianza, podemos señalar que, este contrato contempla términos y condiciones propias, por lo que el fiador tiene el derecho de ejercer las excepciones que se deriven de lo pactado en el contrato de fianza.

Al respecto, Hinestrosa (2007) ha mencionado que “el fiador, de suyo, al otorgar la fianza se entiende responsabilizarse por toda la extensión de la obligación principal, pero bien puede restringir su responsabilidad en la cuantía, el tiempo, el modo, la condición”, en atención a lo contemplado en el contrato de fianza.

Tal es el caso de la exoneración de la fiadora por el incumplimiento de notificación, consagrado en el artículo 39 de la (Resolución No.2259-2023-LEG/FySE) de 10 de agosto de 2023.

3.2.4. De adhesión

La Ley de Contratación Pública, en su artículo 121, estipula que las fianzas que emitan para garantizar las obligaciones del Estado serán reglamentadas por la Contraloría General de la República, en la que incluirá los modelos de las fianzas correspondientes.

Fundamentado en lo anterior, podemos indicar que, las fianzas de contratación pública se configuran dentro de la categoría de los contratos de adhesión, ya que el contrato debe cumplir con el modelo establecido por la Contraloría y, además, debe cumplirse con la (Resolución No.2259-2023-LEG/FySE) de 10 de agosto de 2023, en lo relativo a su vigencia, cuantía y condiciones.

3.2.5. Formal

La fianza de contratación pública es un contrato formal dado que, en cumplimiento de los modelos establecidos por la Contraloría General de la República, deberá constar por escrito y cumplir con formalidades que establece el artículo 7 de la (Resolución No.2259-2023-LEG/FySE) de 10 de agosto de 2023.

3.2.6. Oneroso

La onerosidad es una característica típica de los contratos de fianza mercantil y es determinada por la retribución económica del fiador por la responsabilidad asumida, en otras palabras, por el servicio prestado por el fiador de otorgar garantía, este cobra una contraprestación.

El artículo 1513 del (Código Civil) reconoce esta característica al establecer que la fianza puede ser gratuita o título oneroso, mientras que el Código de Comercio señala que podrá ser retribuida si en ello convinieren el fiador y el deudor principal.

3.2.7. Bilateral

Es común encontrar en la doctrina autores que cataloguen la fianza como un contrato unilateral, debido a que en la relación jurídica es uno el obligado, puesto que el fiador que se obliga otorgar respaldo y garantía en caso del incumplimiento del deudor, noción aplicable a la concepción civilista de la fianza. No obstante, en la fianza mercantil y en la fianza de contratación pública, esta unilateralidad no es del todo cierta, puesto que el fiador se compromete a garantizar siempre y cuando el otro contratante, en este caso el contratista, cumpla con el pago de la prima, por lo que la fianza es considerada no solo como un contrato bilateral sino, además, un contrato de prestaciones correlativas.

3.3. El beneficio de excusión

Otro tema, cuyo tratamiento consideramos relevante, es el beneficio de excusión en el caso de la fianza de contratación pública, entendiendo que este es un principio que permite al fiador solicitar al acreedor que primero agote los recursos y activos del deudor principal previo a exigir al fiador que cumpla la obligación garantizada.

La Corte Suprema de Justicia, mediante Fallo de 3 de junio de (1996), de la Sala de lo Civil, sobre el beneficio de excusión en la fianza mercantil, ha sostenido lo siguiente:

El beneficio de excusión tiene como finalidad que los fiadores de una obligación a cargo de un tercero, en caso de incumplimiento por éste se requiera de pago por el acreedor, en primer término al deudor, es decir, requiere que, antes de hacer efectiva, la fianza haya requerido de pago al deudor principal, o, en caso de ser ejecutado antes, el fiador puede denunciar bienes del deudor para los efectos del cumplimiento de la obligación por el deudor principal.

Ahora bien, a diferencia de lo dispuesto en los artículos 809 y 811 del (Código de Comercio), la Ley de Contrataciones Públicas al referirse al incumplimiento del contratista y a la ejecución de la fianza, establece en su artículo 138 un procedimiento muy distinto. A saber:

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.

De allí que, una vez se haya decretado el incumplimiento mediante resolución motivada, es inmediatamente exigible el cumplimiento de la obligación garantizada por parte del Estado, para lo cual el fiador tendrá un término de veinte días hábiles, siguientes a la notificación de incumplimiento, para pagar o sustituir al contratista, concluyéndose que, en materia de contratación pública, el fiador no goza del beneficio de excusión.

Este mismo concepto fue plasmado en el Capítulo IV de la (Resolución No.2259-2023-LEG/FySE) de 10 de agosto de 2023, al tratar la ejecución de la fianza de cumplimiento en la fase de vicios y defectos, donde además denota la solidaridad en las fianzas de contratación pública, ya que también de lo expuesto, señala en el primer párrafo de su artículo 41, que cuando se presenten vicios rehibitorios o cualquier otro vicio o defecto en el objeto del

contrato, así como defectos de reconstrucción o de construcción de la obra o bien inmueble, la entidad contratante deberá notificar por escrito al contratista y a la fiadora la existencia de los mismos, para que respondan por ellos.

4. Tipos de fianza en la contratación pública

El Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenada por la (Ley 153, 2020), establece cuáles son los tipos de fianza en la contratación pública, atendiendo al objeto de la obligación a garantizar. Es preciso anotar que, la Ley se refiere a ellas como fianzas; sin embargo, tal como hemos señalado existe una mala aplicación del término utilizado por el legislador, ya que todos estos tipos de fianzas son en realidad tipos de garantía, clasificados según el objeto de la obligación que se garantiza; sin embargo, procurando un mejor entendimiento de los tratado en este punto, seguiremos refiriéndonos a ellas como fianza. A continuación, analizaremos las fianzas de propuesta, cumplimiento y pago anticipado.

4.1. Fianza de propuesta

Esta garantía, llamada también de concurso, es aquella que garantiza la oferta presentada por el proponente en un acto de selección de contratista y, además, garantiza que una vez realizada la adjudicación, el adjudicatario firme el contrato y presente la fianza de cumplimiento dentro del término establecido en el artículo 89 de la Ley de Contratación Pública, es decir, 5 días hábiles contados a partir de la notificación de la resolución de adjudicación.

Ahora bien, existen excepciones en cuanto a la exigibilidad de esta garantía, la cuales han sido recogidas por la Contraloría General de la República, en el artículo 13 de la Resolución No.2259-2023-LEG/FySE de 10 de agosto de 2023, el cual señala:

ARTICULO 13. No se exigirá fianza de propuesta en los siguientes casos:

1. En los actos de contratación pública cuyo precio de referencia no supere los quinientos mil balboas (B/.500,000.00);
2. En la contratación menor, esto es en el procedimiento de selección de contratista para la adquisición de bienes, servicios u obras que no excedan de cincuenta mil balboas (B/.50,000.00);
3. En las licitaciones por convenio marco;
4. En la licitación de subasta en reversa y de subasta de bienes públicos que se realicen de manera electrónica;
5. En los procedimientos excepcionales de contratación;
6. En los procedimientos especiales de contratación y,
7. En los casos en que la Ley 22 de 2006 así lo disponga.

Además de los supuestos señalados en el citado artículo, la Ley de Contrataciones Públicas en su artículo 87, prescribe que en las contrataciones por mérito tampoco se solicitará fianza de propuesta.

En cuanto a la cuantía y vigencia por la que debe ser emitida esta garantía, la ley establece que será por el 10% del valor de la propuesta, y su vigencia será por un término no mayor de ciento veinte días hábiles de vigencia, según lo establecido en el pliego de cargos, salvo los 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 días hábiles.

Asimismo, la fianza de propuesta será el equivalente al 10% del avalúo del bien, en los casos de disposición o adquisición de bienes mediante licitación de subasta en reversa o subasta de

bienes públicos y en los casos de arrendamiento de bienes del Estado, será equivalente a dos meses de canon de arrendamiento del bien de que se trate.

4.2. Fianza de cumplimiento

La fianza de cumplimiento, en concordancia con el artículo 123 de la Ley de Contrataciones Públicas, cubre dos tipos de obligaciones. En primer lugar, asegura el fiel cumplimiento del objeto contractual, y en segundo lugar, respalda la calidad de los servicios, trabajos y materiales utilizados o bienes suministrados, por lo tanto, una vez el contratista cumpla el objeto del contrato, garantiza la corrección de posibles defectos.

La vigencia de esta garantía corresponderá al período de ejecución del contrato principal y al término de la liquidación. Vencido el término anterior, la garantía deberá mantenerse vigente por un período adicional de un año si trata de bienes muebles para responder por vicios redhibitorios, salvo lo bienes muebles consumibles que no tengan regulación especial, cuya cobertura se limita a seis meses, y por el término de tres años, para responder por defectos de reconstrucción o construcción de la obra o bien inmueble.

Es fundamental destacar que, la (Resolución No.2259-2023-LEG/FySE) de 10 de agosto de 2023, introdujo un cambio importante en la interpretación de la vigencia de la fianza de cumplimiento. Previamente, existía cierta ambigüedad en la interpretación, tanto del artículo 18 del (Decreto No.33-Leg) de 8 de septiembre de 2020, como del modelo de la fianza de cumplimiento contemplado en el mismo. Esta ambigüedad llevó a interpretaciones diversas, incluso por parte del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, donde se consideraba que mientras el contrato principal no se liquidara, la fianza de cumplimiento

permanecía vigente, dado que el contrato de fianza es accesorio al principal, lo cual generaba incertidumbre por parte de los afianzadores.

Atendiendo esta situación, la (Resolución No.2259-2023-LEG/FySE) de 10 de agosto de 2023, establece en su artículo 18 que, si el pliego de cargos o los términos de referencia no especifican un término de liquidación y no se ha acordado en el contrato principal, ni mediante acuerdo adicional, la fianza de cumplimiento permanecerá vigente hasta dos (2) meses después del vencimiento del plazo para la ejecución del contrato. Período después del cual la fianza se considerará vencida para responder por la ejecución del contrato, independientemente de si este ha sido liquidado o no. Sin embargo, esta seguirá vigente por el período establecido en la Ley de Contrataciones Públicas para responder por vicios o defectos en el objeto del contrato.

Esta disposición brinda un panorama concreto sobre la duración de la fianza en el contexto de la contratación pública, contribuyendo a la certeza y seguridad contractual para todas las partes involucradas.

Finalmente, sobre la cuantía de esta garantía, el artículo 20 de la (Resolución No.2259-2023-LEG/FySE) de 10 de agosto de 2023, señala que es responsabilidad de la entidad contratante determinar su cuantía; sin embargo, en ningún caso será inferior al 50% del valor total del contrato cuando este sea de obra, ni menor al 10% del valor total del contrato en todos los demás.

4.3. Fianza de pago anticipado

La fianza de pago anticipado fue diseñada para salvaguardar los recursos públicos y garantizar que los adelantos de dinero entregados al contratista se utilicen exclusivamente

para la ejecución adecuada del contrato. De acuerdo con el artículo 124 de la Ley de Contrataciones Públicas, esta garantía debe ser igual o superior al 100% de la suma adelantada, asegurando así que, en caso de incumplimiento, los fondos sean reintegrados en su totalidad.

La vigencia de esta garantía es otro elemento importante, ya que debe extenderse durante todo el período principal del contrato, incluyendo la liquidación, y continuar por un plazo adicional de treinta días calendario después de su vencimiento. Esta extensión asegura que cualquier falta de cumplimiento posterior al período principal aún esté cubierto.

Conclusión

Este artículo ha arrojado luz sobre la importancia de las fianzas de contratación pública en Panamá y su papel fundamental en la seguridad contractual. Hemos explorado las generalidades de estos contratos, los modos de constituir garantías, el contrato de fianza y sus características específicas en el contexto de la contratación pública. También hemos analizado el beneficio de excusión como una protección clave para los fiadores.

Es evidente que las fianzas o garantías de contratación pública desempeñan un papel crucial en la promoción de la confianza y la protección de los intereses del Estado y los contratistas. Sin embargo, es esencial que se sigan evaluando y mejorando los procesos en la administración de los contratos y las fianzas en la contratación pública para garantizar su eficiencia.

Referencias Bibliográficas

- Basurto, D. (s.f.). (Superintendencia de Bancos de Panamá, Ed.). *Todo lo que debemos saber sobre los cheques*. Obtenido de https://superbancos.gob.pa/documentos/articulo_interes/2016/Cheques_final.pdf
- Casanueva Sanchez, I. (1999). El contrato de fianza en los ordenamientos jurídicos italiano y español. (U. d. Extremadura, Ed.) *Anuario de la Facultad de Derecho*, 17, 616. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/119418.pdf>
- Cervantes Altamirano, E. (1950). *Fianza de Empresa. Antecedentes Históricos y Naturaleza Jurídica*. México: Publicaciones del Seminario de Derecho Mercantil y Bancario. Universidad Autónoma de México.
- Código Civil*. (1916). Panamá: Ley 2 de 22 de agosto de 1916. D.O. No.2404 de 22 de agosto de 1916 (Panamá)
- Código de Comercio*. (1916). Panamá: Ley 2 de 22 de agosto de 1916. D.O. No.2418 de 4 de septiembre de 1916 (Panamá).
- Contraloría General de la República. (8 de septiembre de 2020). *Decreto No.33-Leg*. Obtenido de https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/29115/GacetaNo_29115_20200917.pdf
- Contraloría General de la República de Panamá. (10 de agosto de 2023). Resolución No.2259-2023-LEG/FySE . Panamá: D.O. No.29873-A de 21 de septiembre de 2023.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil. (3 de junio de 1996). Obtenido de <https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/blogs.dir/1/2019/07/406/registro-judicial-junio-1996.pdf> (Panamá).

Decreto No.33-Leg. (8 de septiembre de 2020). Contraloría General de la República.

Obtenido de

https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/29115/GacetaNo_29115_20200917.pdf

D.O. No. No. 29115 (Panamá).

Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las Obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ley 153. (2020). Que reforma la Ley 22 de 27 de junio de 2006, de Contrataciones Públicas y dicta otras disposiciones. D.O. No.29020-A (Panamá).

Peña Nossa, L. (2019). *De los Títulos Valores*. Bogotá: Ecoe Ediciones.

Resolución No.2259-2023-LEG/FySE. Contraloría General de la República de Panamá. (10 de agosto de 2023). D.O. No.29873-A de 21 de septiembre de 2023 (Panamá).

Sánchez Flores, O. G. (2001). *El Contrato de Fianza* (Primera Edición ed.). México: Editorial Porrúa.

Superintendencia Financiera de Colombia. (2004). *Concepto No.2004001530-1*.

Recuperado el 19 de febrero de 2004, de

<https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/info/SFCant/Normativa/doctrinas2004/gtiasgbancarias052.htm>

Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 153 de 2020. Gaceta Oficial. No.29107-A.