

La subrogación del fiador como resultado de la ejecución de la fianza de cumplimiento: perspectivas y desafíos

The subrogation of the surety as a result of the performance bond execution: perspectives and challenges

Marcos Olmedo Almanza Barrios
Contraloría General de la República. Panamá
maalmanza@contraloria.gob.pa
ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-7497-8166>

Recibido: 29/05/2024

Aprobado: 24/06/2024

Resumen

Este estudio examina la subrogación del fiador en la contratación pública de Panamá, focalizándose en la ejecución de la fianza de cumplimiento como mecanismo de salvaguarda de la inversión pública ante incumplimientos contractuales. Analiza cómo este proceso, no solo facilita la continuidad de los proyectos, sino que también, gestiona los riesgos asociados al incumplimiento. A través de un análisis crítico de los marcos legales y operativos, este artículo discute los desafíos que enfrenta la subrogación del fiador y propone mejoras para optimizar la eficiencia y efectividad en la ejecución de los contratos públicos. Se aborda la necesidad de clarificar procedimientos y fortalecer la gestión de terceros ejecutores, contribuyendo a un sistema de contratación más robusto y transparente, que protege los intereses del Estado y maximiza los beneficios para la sociedad panameña.



Palabras claves: Subrogación del fiador, ejecución de fianza de cumplimiento, cumplimiento contractual, gestión de riesgos contractuales, desafíos legales y operativos en la subrogación del fiador, derechos y obligaciones en contratación pública, gobernanza pública y privada, y eficiencia en ejecución de contratos.

Abstract

This study examines surety subrogation in public contracting in Panama, focusing on the execution of performance bonds as a mechanism to safeguard public investment against contractual breaches. It analyzes how this process not only facilitates the continuity of projects but also manages the risks associated with non-compliance. Through a critical analysis of legal and operational frameworks, this article discusses the challenges faced by surety subrogation and proposes improvements to optimize the efficiency and effectiveness of public contract execution. It addresses the need to clarify procedures and strengthen the management of third-party executors, contributing to a more robust and transparent contracting system that protects state interests and maximizes benefits for the Panamanian society.

Keywords: Surety subrogation, performance bond execution, contractual compliance, contractual risk management, legal and operational challenges in surety subrogation, rights and obligations in public contracting, public and private governance, and efficiency in contract execution.

Introducción

En el dinámico entorno de la contratación pública en Panamá, la figura de la subrogación del fiador surge como un mecanismo de gestión de riesgos y continuidad contractual. Este



artículo aborda la subrogación del fiador como resultado de la ejecución de la fianza de cumplimiento, explorando, tanto sus bases jurídicas como sus implicaciones prácticas en el contexto actual.

En Panamá, este proceso se formaliza dentro del marco de la Ley de Contrataciones Públicas y el Reglamento de Fianzas emitido por la Contraloría General de la República, los cuales establecen que ante el incumplimiento contractual, la entidad estatal debe ejecutar la fianza de cumplimiento, etapa en la que el fiador puede optar por subrogarse en los derechos y obligaciones del contratista. Este procedimiento no solo es un reflejo de la relación contractual entre el fiador y la entidad pública, sino que también, representa una salvaguarda contra interrupciones y fallos en la entrega de proyectos esenciales para el bienestar público. A través de un examen detallado de los desafíos y requisitos legales, operativos y financieros implicados en la subrogación, este artículo propone una comprensión más profunda de cómo estos elementos interactúan dentro de las estructuras de gobernanza pública y privada. Al final, busca ofrecer perspectivas sobre cómo mejorar estas interacciones para asegurar la eficiencia y la efectividad en la ejecución de los contratos públicos, minimizando así los riesgos para el Estado.

1. Naturaleza jurídica de la subrogación del fiador en la contratación pública

El término subrogación, de acuerdo con el Diccionario de la (Real Academia Española), es la “acción y efecto de subrogar”, y subrogar, a su vez, lo define como “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”. Mientras que el (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico), sobre la subrogación nos señala que es el “acto por el que una persona sustituye a otra en los derechos y obligaciones propios de determinada relación jurídica”.

Castro-Ayala & Calonje-Londoño (2015, p. 200), al definir este fenómeno jurídico señalan lo siguiente:

La subrogación es un concepto amplio y general, hace relación al término sustitución que puede ser tanto de una cosa por otra, como de una persona por otra; en este último caso, la subrogación, al hacer una sustitución de uno de los sujetos de la obligación, se constituye como una de las formas de transmisión de obligaciones.

De lo indicado por el autor, se pueden distinguir dos tipos de subrogación: la subrogación real y personal. La primera involucra la transferencia de derechos asociados a un objeto específico; y la segunda, implica la sustitución de una parte por otra en la relación jurídica.

De igual modo, juristas como Sánchez Flores (2001), distinguen dos formas de subrogación de acuerdo con su origen: la legal, que opera por ministerio de la Ley (*ope legis*), y la convencional, cuando por convenio entre las partes deciden que un tercero asuma los derechos y, en algunos casos, las obligaciones de uno de los sujetos originales de la obligación.

Por regla general, la subrogación se produce en el momento en que un tercero paga al acreedor la deuda del deudor, originándose automáticamente una transmisión de los derechos del acreedor al tercero que pagó, tal como se prevé en el artículo 1530 del (Código Civil) Patrio, al señalar que “el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor”, produciéndose lo que en la doctrina se ha denominado como subrogación por pago.

No obstante, la subrogación por ejecución de la fianza de cumplimiento, constituye un mecanismo de salvaguarda del interés público en la contratación estatal, a través del cual el

fiador decide sustituir al contratista en todos los derechos y obligaciones derivadas del contrato, asegurando que la entidad estatal continúe recibiendo el bien o servicio, objeto del contrato. Esto implica que al subrogarse, el fiador se despoja de su condición de garante y asume la condición de contratista del Estado.

En el derecho comparado, el ejemplo más cercano a la figura de subrogación por ejecución de la fianza de cumplimiento es el caso de Colombia, donde se contempla la posibilidad de que el garante del contrato estatal pueda “asumir la posición y las obligaciones propias del contratista y terminar el contrato como alternativa al pago de la indemnización de los perjuicios” (Manual de Contratación Estatal y Seguro de Cumplimiento, 2016, p. 43); empero, a diferencia de la legislación panameña, la posibilidad de continuar el contrato, a través del garante fue comprendida bajo la figura de cesión del contrato.

En nuestro país, la subrogación por ejecución de fianza de cumplimiento tiene lugar en el proceso de Resolución Administrativa del Contrato Público. De acuerdo con el artículo 138 del (Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 153 de 2020), en adelante Ley de Contrataciones Públicas, la falta de cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista resultará en la terminación del contrato, mediante acto administrativo debidamente motivado. Tras la notificación oficial de incumplimiento realizada por la entidad pública contratante a la fiadora, esta dispondrá de veinte días hábiles para optar entre pagar o subrogarse en los derechos y obligaciones del contratista original. Como se observa, este tipo de subrogación está establecida en la ley, pero para determinar si clasifica como subrogación legal, es necesario profundizar un poco más sobre este punto, oportunidad que tendremos al presentar el tema del acuerdo suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento.



Debemos destacar que, una vez es cumplida la obligación garantizada por parte del fiador, ya sea con el pago del importe de la fianza o mediante el cumplimiento del objeto contractual, a través de la subrogación de la fiadora, esta se subrogará en cualesquiera otros derechos y acciones que la entidad contratante tuviera en contra del contratista, produciéndose una subrogación por pago o por cumplimiento de la obligación garantizada, de acuerdo con lo previsto en el segundo párrafo del artículo 37 de la Resolución No.2259-2023-LEG/FySE de 10 de agosto de 2023, por la cual se reglamentan las fianzas que se emitan para garantizar las obligaciones contractuales del Estado, se establecen sus modelos y se deroga el Decreto Núm.33-Leg de 8 de septiembre de 2020, en adelante Reglamento de Fianzas. En el caso de la subrogación del fiador, el cumplimiento solo se podrá comprobar, a través del acta de recibido final o a satisfacción de la obra, bien o servicios.

1.1. Desafíos operativos y legales de la subrogación del fiador

La subrogación por ejecución de la fianza de cumplimiento, presenta un conjunto de desafíos y requisitos que van más allá de la transferencia de derechos y obligaciones. Esta acción no solo implica una decisión financiera y legal importante, sino también la necesidad de una gestión efectiva de la contratación de acuerdo con lo pactado en el contrato afianzado y conforme a lo establecido en la Ley de Contrataciones Públicas. Veamos:

1.1.1. Selección del tercero ejecutor

De acuerdo con lo contemplado en el artículo 129 de la Ley de Contrataciones Públicas, cuando el fiador decide subrogarse, debe designar a un tercero ejecutor que debe ser aprobado por la entidad pública contratante. Este paso es fundamental en el proceso de subrogación y exige un análisis exhaustivo para garantizar que el tercero ejecutor designado tenga la capacidad de cumplir con las obligaciones contractuales pendientes.



Además, es imprescindible que el tercero ejecutor demuestre competencia técnica en el objeto del contrato, así como la solidez financiera suficiente para sostener las operaciones que conllevan la ejecución y finalización del proyecto. Para esto, el fiador debe verificar los antecedentes, la experiencia, las certificaciones profesionales y los estados financieros del tercero, a fin de determinar que cumpla con todos los requisitos y criterios inicialmente establecidos en el pliego de cargos.

Posteriormente, el fiador debe someter la designación del tercero ejecutor a la aprobación de la entidad pública contratante, quien deberá validar cada uno de los aspectos arriba señalados. En caso de que, a juicio de la entidad pública, el tercero no cumpla con los criterios técnicos y económicos, el fiador deberá proponer otro y someterlo a aprobación.

1.1.2. Suscripción del acuerdo suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento

Una vez la entidad contratante apruebe al tercero ejecutor propuesto por el fiador, se deberá proceder con la suscripción del acuerdo suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento, el cual debe ser refrendado por la Contraloría General de la República.

La ley no contempla un término para la suscripción y formalización del acuerdo suplementario, por lo que corresponde a las entidades del estado impulsar este proceso, ya que a partir de la suscripción del acuerdo suplementario surte efecto la subrogación, instante en que comienza a correr el término de 30 días calendario para continuar con la ejecución del contrato, según lo contemplado en el artículo 138 de la Ley de Contrataciones Públicas.

Ahora bien, para comprender la naturaleza jurídica del acuerdo suplementario, es necesario revisar los tipos de subrogación examinados previamente, donde se distinguen la subrogación legal y la convencional. Cuando una situación jurídica es de aplicación *ope legis*, esta opera automáticamente por ministerio de la ley, pero en el caso de la subrogación del fiador en

materia de contrataciones públicas, la ley establece que para que ocurra este fenómeno, es necesario la manifestación de la voluntad del fiador y de la entidad contratante, a través de un acuerdo.

Así se desprende de los artículos 129 de la Ley de Contrataciones Públicas y 36 del Reglamento de Fianzas, que establecen para la formalización de la subrogación de la fiadora en todos los derechos y las obligaciones del contratista, es necesaria la firma del acuerdo suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento. Por ende, a pesar de que la subrogación del fiador se establece en la norma, lo que nos puede indicar que se trata de una subrogación de tipo legal, la misma ley requiere la celebración de un acuerdo, cuyo propósito es la formalización de la subrogación, lo que nos ubica en el ámbito de la subrogación convencional.

En este punto es pertinente mencionar, que el acuerdo suplementario no constituye una extensión de la obligación de la fianza originalmente constituida, para que a partir de la subrogación el fiador continúe garantizado el contrato. Sino que en atención a lo pactado, tanto en el contrato de fianzas como en la ley, de donde nace el derecho de optar por la subrogación, se formalice esta, a través de la manifestación de las voluntades de las partes en dicho acuerdo.

Desde un punto de vista crítico, se podría argumentar que, al contemplarse la figura de la subrogación del fiador en la ley, opera a partir de la notificación de la decisión del fiador de subrogarse del contrato a la entidad contratante; por lo tanto, el acuerdo suplementario podría no ser necesario; sin embargo, este parece ser una medida legislativa prudente y justificada, diseñada para asegurar el cumplimiento eficaz de los contratos públicos y prevenir futuras

complicaciones legales y administrativas, haciendo el proceso más claro y manejable para todos los involucrados.

1.1.2.1. Cláusula de mutuo acuerdo de indemnización

Dentro del acuerdo suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento, la entidad podrá pactar una cláusula de mutuo acuerdo de indemnización con la fiadora, tal como prevé el artículo 129 de la Ley de Contrataciones Públicas y el numeral 8 del artículo 36 del Reglamento de Fianzas.

La función de esta cláusula es establecer, de forma consensuada, los términos de la indemnización al Estado en caso de que la fiadora incumpla en la ejecución del contrato como contratista subrogado. Esto es de suma importancia dado que la fiadora, al reemplazar al contratista original tras el perfeccionamiento del acuerdo suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento, es ahora responsable del cumplimiento del objeto contractual. En consecuencia, si el contratista subrogado o su tercero ejecutor incumplen, la cláusula de indemnización debe activarse para compensar al Estado por los daños y perjuicios causados, de acuerdo con los términos estipulados en esta.

La naturaleza de esta indemnización es compensatoria, es decir, está destinada a compensar al Estado por las pérdidas directas e indirectas incurridas, debido al incumplimiento de las obligaciones contractuales. Esto incluye costos adicionales que el Estado pueda tener que asumir para completar el proyecto con otro contratista o remediar las deficiencias dejadas por el incumplimiento.

No se puede confundir esta indemnización con la obligación original de garantía. Como sostuvimos al tratar la naturaleza de la subrogación del fiador, este pierde su condición de garante del contrato. Por tanto, la obligación de indemnización supone una responsabilidad



civil contractual directa al contratista subrogado, de compensar al Estado por cualquier deficiencia o incumplimiento, tal como se colige del quinto párrafo del artículo 138 de la Ley de Contrataciones Públicas, que señala:

Salvo que el incumplimiento de que trata este artículo sea por caso fortuito, fuerza mayor o causas no imputables a este, el contratista se hará merecedor a las sanciones e inhabilitaciones prevista en el artículo 140, sin perjuicio de la responsabilidad civil correspondiente derivada del incumplimiento contractual. (El subrayado es nuestro).

1.1.3. Perfeccionamiento de la adenda

De manera consuetudinaria, luego de la suscripción del acuerdo suplementario, se procede a suscribir una adenda al contrato. Decimos de manera consuetudinaria, toda vez que la Ley no contempla la suscripción de la adenda como parte del proceso de subrogación del fiador, sino que ha sido una práctica instituida por la costumbre en la contratación pública, pero que cumple funciones fundamentales, tales como: 1. Integrar formalmente al nuevo contratista en la relación jurídica; 2. Actualizar los términos del contrato de conformidad con lo pactado en el acuerdo suplementario; y 3. Asegurar que la entidad pública contratante y el nuevo contratista subrogado, tengan un entendimiento mutuo y claro de sus obligaciones y derechos.

En este contexto, las partes involucradas en el proceso de subrogación deben tomar en cuenta que la no suscripción de la adenda no interfiere con los efectos de la subrogación, ya que esta surte efectos a partir de la firma del acuerdo suplementario. Por tal razón, es recomendable que la suscripción y perfeccionamiento de la adenda, se realice dentro de los 30 días calendario a los que se refiere el párrafo cuarto del artículo 138 de la Ley de Contrataciones Públicas.



1.1.4. Gestión del contrato

Luego de que el fiador asume el papel de contratista subrogado, su principal responsabilidad es la supervisión continua del tercero ejecutor, para asegurar que el contrato se ejecute de acuerdo con los términos establecidos dentro de cronograma de ejecución acordado, según lo pactado en el acuerdo suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento. Por ende, la gestión del contrato implica una supervisión activa de las operaciones, la administración de los recursos y la gestión de la calidad de los trabajos realizados por el tercero ejecutor.

El contratista subrogado debe establecer sistemas robustos para el seguimiento de los avances del contrato, a fin de prevenir atrasos en su ejecución y evitar adendas de tiempo y/o aumento de costos. Además, mantener el cronograma de ejecución es crítico, ya que los retrasos en el plazo pactado pueden resultar en penalizaciones o en la resolución administrativa del contrato.

2. Derechos y obligaciones del fiador como contratista subrogado

La Ley de Contrataciones Públicas, junto al Reglamento de Fianzas, determina que al subrogarse, el fiador sustituye al contratista en todos los derechos y las obligaciones del contrato que garantiza. Esta situación ha generado amplias discusiones acerca del alcance de estos derechos y obligaciones. Por ello, hemos asumido la tarea de abordar estos temas en profundidad.

2.1. Obligaciones del contratista subrogado

En cuanto a las obligaciones, entendemos que el fiador se subroga de todas aquellas relativas al cumplimiento de las obligaciones inherentes al contrato y la realización de su objeto, de conformidad con lo pactado en la ley, el pliego de cargos y el contrato. Entre ellas podemos mencionar:



2.1.1. Cumplir con el objeto del contrato dentro del término pactado

La fiadora, como contratista subrogado, deberá cumplir con los plazos pactados en el contrato, así como con los ajustes que se realicen a estos. Los nuevos plazos para la ejecución del contrato, así como la nueva vigencia, deberán establecerse de manera clara en el acuerdo suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento y, posteriormente, en la adenda correspondiente.

De igual manera, si se trata de un contrato de obra, se deberá presentar un cronograma actualizado de todas las actividades pendientes por ejecutar y los nuevos tiempos propuestos para su culminación.

2.1.2. Garantizar la calidad

Al subrogarse, la fiadora también asume el cumplimiento de los estándares de calidad y especificaciones técnicas establecidas en el contrato, por lo que la fiadora debe garantizar que el tercero ejecutor se sujete a estos en la ejecución del objeto contractual.

Además, el fiador necesita contemplar que si el contrato presenta avances en su ejecución, deberá garantizar la calidad de los bienes, servicios o trabajos realizados previamente por el contratista original. Por lo cual, se vuelve necesario, mayormente en los contratos de obra, que el fiador antes de tomar la decisión de subrogarse, es decir, dentro de los 20 días hábiles que le otorga la Ley de Contrataciones Públicas en su artículo 129, verifique el estatus de la ejecución del contrato y evalúe la calidad con la que se ha ejecutado, ya que de lo contrario le corresponderá la corrección de los vicios y defectos que tengan lugar antes y/o después de la subrogación.

2.1.3. Obligación de garantizar el contrato.

Sobre la presentación de las fianzas o garantías que continuarán respaldando las obligaciones del contrato, existen opiniones contrapuestas. Algunos sostienen que la fiadora subrogada puede presentar una nueva fianza emitida por sí misma, o endosar la que inicialmente garantizaba la contratación original, lo cual resulta irrisorio, ya que es cuestionable la objetividad y la efectividad de la garantía proporcionada. También, se ha interpretado que esta obligación no es parte de las obligaciones subrogadas, fundamentándose en que el fiador sigue siendo responsable del cumplimiento del contrato como garante, en atención al acuerdo suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento.

No obstante, haciendo un análisis profundo de la norma, que señala que al subrogarse la fiadora sustituye al contratista en todos los derechos y las obligaciones del contrato, y considerando que entre dichas obligaciones se encuentra la presentación de las fianzas exigidas en el contrato original, es razonable interpretar, teleológica y sistemáticamente, que la fiadora subrogada está obligada a presentar las mismas garantías; empero, estas deberán ser emitidas por una entidad afianzadora distinta al contratista subrogado, ya que nadie puede ser fiador de sus propias obligaciones, a menos que la garantía presentada sea de naturaleza distinta a la fianza, verbigracia el cheque certificado.

En relación con las pólizas de seguros, el contratista subrogado debe cumplir con la obligación de suscribir y presentar ante la entidad pública contratante, aquellas que se exigían al contratista original, por los mismos límites de responsabilidad y vigencias establecidas previamente en el pliego de cargos y el contrato.

2.2. Derechos del contratista subrogado

Del mismo modo en que se adquieren las obligaciones, el fiador adquiere todos los derechos que eran propios del contratista, entre estos se encuentran los contemplados en el artículo 22 de la Ley de Contrataciones Públicas. Estos derechos permiten que el fiador, como contratista subrogado, cumpla con las obligaciones del contrato, de manera efectiva. De los derechos subrogados nos detendremos en los más relevantes.

2.2.1. Derecho al pago

El contratista subrogado tiene derecho a recibir los pagos acordados en el contrato original por los trabajos o servicios prestados. Esto incluye el derecho a reclamar cualquier pago pendiente que no haya sido abonado al contratista original antes de la subrogación.

Sobre la subrogación de los derechos del deudor, la Dra. María Cristina Chen Stanzola (2013, p. 89), al referirse a los derechos y obligaciones del fiador, sostiene:

Si se trata de una fianza solidaria, el fiador asume las obligaciones del deudor principal y, por lo tanto, en caso de pago de la obligación principal, se subroga de los derechos del deudor principal para ejercer todas las acciones que le benefician al deudor principal.

En este mismo sentido, el artículo 37 del Reglamento de Fianzas, reza de la siguiente forma:

En caso de que la fiadora cumpla con las obligaciones asumidas por ella conforme a la fianza de cumplimiento, ya fuere mediante el pago de los perjuicios pecuniarios o mediante la ejecución de las obligaciones garantizadas, subrogará al contratista en todos los derechos y pertenencias dimanantes del contrato, incluyendo todos los valores e indemnizaciones, pagos diferidos, porcentajes retenidos y créditos que la entidad contratante le debiere al contratista al tiempo en que tuvo lugar la falta o que

debieran pagársele después, según las estipulaciones del contrato. En consecuencia, a partir del momento en que la entidad contratante presente una reclamación a la fiadora, quedarán sin efecto cualesquiera cesiones de pago de dinero derivadas del contrato y la entidad contratante cesará todo pago al contratista, acreedores o cesionarios, los cuales a partir de ese momento aprovecharán exclusivamente a la fiadora. (El subrayado es nuestro).

2.2.2. Derecho a modificar el contrato

Siempre que el interés público lo justifique, y previo al cumplimiento de las reglas previstas en la Ley de Contrataciones Públicas para las modificaciones y adiciones al contrato, el contratista subrogado podrá solicitar a la entidad pública contratante la modificación del contrato para reflejar las realidades y necesidades del proyecto bajo nueva gestión.

Asimismo, cuando surjan circunstancias imprevistas que requieran extensiones de los plazos pactados o costos adicionales, el contratista subrogado puede tener derecho a solicitar estos ajustes, previo cumplimiento de los presupuestos que se establecen en los artículos 98 y 102 de la Ley de Contrataciones Públicas.

Tanto la fiadora que se constituye en contratista subrogado como la entidad pública contratante, debe tener claro que estas prórrogas y costos adicionales son aceptables única y exclusivamente por causas justificables, debidamente sustentadas y por causas no imputables al contratista subrogado, dentro de las cuales se enmarca el caso fortuito y fuerza mayor. En caso contrario, los costos asociados a estas modificaciones deberán ser asumidos por el contratista subrogado y será sujeto de las multas a las que se refieren los artículos 104 y 133 de la Ley de Contrataciones Públicas.

2.2.3. Derecho de ceder el contrato

La Ley de Contrataciones Públicas, al señalar que el fiador se subroga de todos los derechos, sugiere que esto incluye el derecho de ceder el contrato a un tercero. Sobre la cesión del contrato, su artículo 96 establece lo siguiente:

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

En consecuencia, nos encontramos con contratos en los cuales, una vez cumplidos los presupuestos que contempla el artículo antes citado, el contratista subrogado los ha cedido a un tercero, por lo general, al tercero executor, deslindándose de esta forma de su obligación de cumplir con el objeto del contrato.

Si bien es cierto, la ley no prohíbe que las fiadoras como contratistas subrogados cedan los contratos, consideramos que esta no fue la intención del legislador al contemplar, dentro de la Ley de Contrataciones Públicas, la posibilidad de optar por la sustitución del contratista principal. Razón por la cual, de tratarse esto de una decisión estratégica para evadir la obligación de pago o de cumplimiento de la obligación subrogada a través de la cesión del contrato, plantea importantes cuestionamientos éticos y legales.

La entidad pública contratante debe conocer que la única forma en que el fiador, como contratista subrogado, puede ceder el contrato es con su consentimiento, el cual, en el caso



de los contratos subrogados por el fiador, puede otorgarse en casos muy excepcionales, de lo contrario esta actuación podría resultar en detrimento de los intereses del Estado.

Además, mantener este tipo de prácticas contraviene principios generales de la contratación pública, tales como el principio de transparencia y el de igualdad de oportunidad de los proponentes, toda vez que un contrato que fue objeto de un procedimiento de contratación pública de conformidad con la ley, en el cual otros proponentes tuvieron la oportunidad de participar y donde se evaluaron las capacidades de cada uno, resultando ganador el mejor de todos ellos, es cedido a otro bajo negociación de la fiadora y con la aprobación de la entidad pública contratante.

3. Proceso de resolución del contrato subrogado en caso de incumplimiento

Es sabido, que formalizada y perfeccionada la subrogación del fiador, a través del acuerdo suplementario, el nuevo contratista subrogado es el responsable del contrato frente al Estado, por lo cual, cualquier incumplimiento de su tercero ejecutor le es atribuible directamente a él, es decir, no existe incumplimiento del tercero ejecutor que no sea imputable al contratista subrogado.

Por lo tanto, considerando que la subrogación del fiador constituye en nuestra legislación “una ficción que permite poner nuevamente en efecto un contrato rescindido” (Franco Pérez, 2009, p.125), de existir incumplimiento corresponde actuar de conformidad con lo establecido en el artículo 138 de la Ley de Contrataciones Públicas.

No obstante, luego de ser expedida la resolución administrativa del contrato, se deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley de Contrataciones Públicas, que establece que en caso de que el tercero ejecutor incumpla se deberá proceder de la siguiente forma:



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

En este escenario se debe tomar en cuenta dos supuestos. El primero, que se haya pactado la cláusula de indemnización en el acuerdo suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento, de ser así esta deberá hacerse cumplir. Segundo, en el evento de que en el acuerdo suplementario no se haya pactado la cláusula de indemnización, se expedirá la resolución, es decir, la resolución administrativa del contrato, con la suma líquida que determine la entidad contratante como indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al Estado por dicho incumplimiento, con independencia del límite por el cual se constituyó la fianza de cumplimiento, al tenor de lo previsto en el tercer párrafo del artículo 40 del Reglamento de Fianzas.

La resolución administrativa del contrato, en concordancia con el numeral 4 del artículo 139 y el artículo 160 de la Ley de Contrataciones Públicas, podrá ser recurrida por el contratista subrogado en apelación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la notificación de la resolución, la cual surtirá efecto suspensivo y agota la vía gubernativa.

4. Sanciones por incumplimiento del contratista subrogado

Otro aspecto que los fiadores y las entidades deben conocer es que, al convertirse el fiador en el contratista del contrato estatal, es sujeto de la imposición de las sanciones previstas en el artículo 140 de la Ley de Contrataciones Públicas, que establece:

Artículo 140. Imposición de sanciones. La competencia para imponer las sanciones a los contratistas por incumplimiento de contratos u órdenes de compra recae en el representante legal de la entidad o en el servidor público en quien se delegue esta función.

Sin perjuicio de las acciones civiles y penales que correspondan, los contratistas podrán ser susceptibles de las sanciones siguientes:

1. Multa, o
2. Inhabilitación.

La sanción se decretará en el mismo acto en que se declara la resolución administrativa del contrato y se impondrá en atención a la gravedad de la infracción, la reincidencia y la magnitud del daño y los perjuicios causados. El Órgano Ejecutivo reglamentará la gradación de las sanciones y la progresión de estas.

Esto es así, toda vez que, como ya se expresó al inicio de este estudio, el fiador o garante sustituye al contratista original convirtiéndose en el nuevo contratista en la relación jurídica con el Estado, en los mismos términos y condiciones que el antiguo contratista, siendo sujeto de las mismas sanciones y penalidades.

Conclusión

El estudio de la subrogación del fiador en el contexto de la contratación pública en Panamá revela un terreno complejo, pero fundamental para la estabilidad y continuidad de los



servicios y proyectos estatales. A través del análisis del marco legal vigente y las prácticas operativas, hemos identificado, tanto los desafíos inherentes al proceso como las oportunidades para mejorar la gestión y ejecución de los contratos subrogados. La subrogación, al permitir que el fiador asuma los derechos y obligaciones del contratista original, presenta una solución viable para evitar la interrupción de los trabajos en caso de incumplimiento. Sin embargo, también pone de relieve la necesidad de un marco legal claro y robusto que respalde eficazmente este proceso, minimizando riesgos y protegiendo los intereses del Estado y la ciudadanía.

Las recomendaciones para futuras reformas incluyen la clarificación de los procedimientos de subrogación, la mejora en la selección y supervisión de los terceros ejecutores, y una mayor precisión en los acuerdos suplementarios para asegurar la transparencia y la equidad en la ejecución de los contratos públicos. Además, es crucial que las entidades estatales cuenten con mecanismos efectivos para la evaluación de la capacidad técnica y financiera de los terceros ejecutores, asegurando así que solo aquellos, con las competencias necesarias, puedan tomar parte en la continuación de los proyectos subrogados.

En última instancia, la subrogación no solo protege las inversiones del Estado y los intereses de la población, sino que también supone mayor responsabilidad y eficiencia por parte de los fiadores y contratistas, fortaleciendo el sistema de contratación pública en Panamá.

Por lo tanto, es imperativo que se mantenga un diálogo continuo entre legisladores, juristas y profesionales de este sector, para adaptar la legislación a la dinámica actual de la contratación pública y garantizar que la subrogación del fiador siga siendo un recurso efectivo.

Referencias bibliográficas

- Castro-Ayala, J. G., & Calonje-Londoño, N. X. (2015). *Derecho de obligaciones: aproximación a la praxis y a la constitucionalización* (Vol. 2). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
<https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/cbadfc4d-5f5b-4434-9caf-31d3807920d5/content>
- Chen Stanziola, M. C. (2013). *Derecho Comercial 450 A: Contratos Mercantiles* [Folleto]. Universidad de Panamá.
- Decreto 734 (2012). *Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones*.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=46940#9.2>
- Federación de Aseguradores Colombianos. (2016). *Manual de Contratación Estatal y Seguro de Cumplimiento*. <https://www.fasecolda.com/cms/wp-content/uploads/2019/09/manual-contratacion-cumplimiento-2016.pdf>
- Franco Pérez, J. (2009). *La Subrogación del Fiador en el Contrato de Obra Pública en la Legislación Panameña*. *IUSTITIA et PULCHRITUDO*, 125.
- Ley (1916). *Código Civil*. G.O. No.2404 de 22 de agosto de 1916. (Panamá).
- Real Academia Española. (s.f.). *Diccionario de la lengua española* (23° Edición ed.).
<https://dle.rae.es>
- Real Academia Española. (s.f.). *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*.
<https://dpej.rae.es/>

Resolución No.2259-2023-LEG/FySE (10 de agosto de 2023). *Por la cual se reglamentan las fianzas que se emitan para garantizar las obligaciones Contractuales del Estado, se establecen sus modelos y se deroga el Decreto núm. 33-leg de 8 de septiembre de 2020. G.O. N° 29873-A. (Panamá).*

Sánchez Flores, O. G. (2001). *El Contrato de Fianza* (1 ed.). México: Editorial Porrúa.

Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 153 de 2020. G.O. No.29107-A. (Panamá).