



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 14 de febrero de 2022
Nota C-023-22

Ingeniero

Juan Antonio Ducruet

Director Ejecutivo

Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN)

Ciudad.

Ref.: Aceptación de la subrogación de la fiadora (la aseguradora), en contratos resueltos y/o rescindidos.

Señor Director:

Damos respuesta a su Nota N° 827-2021-DE, mediante la cual consulta a esta Procuraduría si: *“Es procedente para el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN), reactivar la ejecución de los proyectos, mediante la subrogación de la compañía de seguros de los contratos, a pesar que previamente había declinado asumir los reclamos presentados.”*

En relación a ello, estimo conveniente hacerle llegar copia de la nota C-208-21 de 9 de diciembre de 2021, mediante la cual esta Procuraduría tuvo la oportunidad de emitir una opinión jurídica, producto de una consulta formulada por el licenciado Generoso Guerra Moreno, la cual guarda relación con el tema objeto de su consulta; es por ello, que adjuntamos copia de la misma, para su debido conocimiento.

Ahora bien, de una atenta lectura del escrito presentado, se desprende que el mismo tiene por objeto que esta Procuraduría se pronuncie sobre si sería viable la reactivación de los contratos rescindidos por parte de la institución, en los cuales, previamente, la fiadora (*la compañía aseguradora*), había declinado los reclamos presentados por el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales; por lo que, al tratarse de hechos materializados, cualquier pronunciamiento de este Despacho en los términos solicitados, implicaría realizar un análisis sobre ello, lo cual iría más allá de los límites que nos impone la Ley y, constituiría un pronunciamiento prejudicial en torno a una materia que eventualmente podría elevarse al Tribunal Administrativo de contratación pública o incluso a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

Máxime que en su escrito de consulta indica que el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, suscribió con una empresa (6) seis contratos para la ejecución de proyectos de agua potable y saneamiento, financiados tanto por fondos locales como de la banca multilateral; no obstante, ante el incumplimiento del contratista, el IDAAN tomó la decisión de resolver administrativamente dichos contratos y, presentó los respectivos reclamos ante la compañía aseguradora, la cual terminó declinando formalmente estos reclamos, alegando que no podía asumirlos por extemporáneos y mucho menos subrogarse del contrato, al estar vencidas las fianzas.

Igualmente, en párrafos subsiguientes, señaló que: *“Posteriormente a la declinación, la compañía aseguradora comunicó que está en disposición de aceptar la subrogación, siempre y cuando la Institución certifique formalmente que de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 48 de 2011, se realizarán los correspondientes ajustes de precios (Equilibrio contractual) y se otorgue una adenda de extensión de tiempo por los trabajos a ejecutar.”*

Ante ello, es menester aclarar que, el artículo 2 de la Ley No.38 de 2000, dispone que las actuaciones de esta Procuraduría de la Administración se extienden al ámbito jurídico administrativo del Estado, excluyendo las funciones jurisdiccionales, legislativas y, en general, **las competencias especiales que tengan otros organismos oficiales**, tal como en el caso que nos ocupa, toda vez que corresponde a la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP) absolver toda consulta relativa a la implementación y aplicación de dicha materia, tal como lo establece el numeral 1 del artículo 12 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006.

Ahora bien, consideramos oportuno el hacer alusión al numeral 2 del artículo 13 del Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 48 de 10 de mayo de 2011, respecto a las obligaciones de las entidades contratantes, en cuanto a obtener los mayores beneficios para el Estado y el interés público, procurando revisar periódicamente las obras o los servicios prestados, debiendo promover las acciones de responsabilidad contra ellos y/o sus garantes cuando dichas condiciones sean incumplidas y adelantar las acciones necesarias para obtener las indemnizaciones correspondientes por los daños que sufra la entidad por el incumplimiento de lo pactado, cuando esto es atribuible al contratista.

Nos referimos a lo anterior, tomando en cuenta que la Contraloría General de la República, ha sido constante en informar mediante sus circulares que cada dependencia tiene la obligación legal de inspeccionar y fiscalizar sus contrataciones, como ejercicio preventivo en todas sus fases, a fin de evitar o al menos, disminuir los riesgos que pudieran suscitarse, tal como en la Circular N° 40-2015-DC de 12 de mayo de 2015, mediante la cual indicó lo siguiente:

“Si bien es cierto que las Fianzas deben emitirse a favor de la Entidad contratante y de la Contraloría General de la República y se depositan para custodia en esta última, queda claramente establecido a partir de las consideraciones expuestas en los párrafos anteriores, que la responsabilidad primaria por el seguimiento tanto de las obras, bienes o servicios objeto del contrato, como por la plena vigencia de las fianzas respectivas, le corresponde a las instituciones contratantes, para lo cual deben realizar todas las acciones que les faculta la Ley, con el propósito de cumplir esas obligaciones.

La Contraloría General de la República, como Entidad Superior de Fiscalización, mantiene a través de sus propios medios e instrumentos tecnológicos, el seguimiento de las fianzas, pero no puede ni debe suplantar el control administrativo propio de la entidad contratante.”

Lo anterior, consta en las circulares emitidas por dicha entidad dentro del periodo de vigencia del Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 48 de 10 de mayo de 2011.

Hacemos alusión a ello, toda vez que mediante su escrito de consulta expuso que:

“Ciertamente, los contratos se resolvieron/rescindieron por incumplimiento del contratista estando las Fianzas de Cumplimiento y Fianzas de Pago Anticipado vencidas y que la institución no realizó en término oportuno los trámites correspondientes...”

Ante ello, consideramos oportuno el recordar al Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, las obligaciones de las entidades contratantes, establecidas en el Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 48 de 10 de mayo de 2011, así como lo informado al respecto, por parte de la Contraloría General de la República de Panamá¹, a fin de que sea tomado en cuenta para las futuras obligaciones contractuales que adquiera la entidad a futuro, al tiempo que advertimos que el artículo 121 del Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, otorgó a la Contraloría competencia para absolver 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.

De otra parte, en el caso específico que nos ocupa, cuando en la ejecución de un contrato de obra pública, se presenten incumplimientos por parte del contratista, efectivamente, procede la rescisión del contrato mediante un acto administrativo debidamente motivado, mejor denominado como *resolución administrativa del contrato*, la cual debe ser notificada tanto al contratista como a la institución de seguro, en caso de que ésta haya otorgado la fianza.

Luego entonces, una vez notificada la fiadora, esta tiene un término de treinta días calendario, siguientes a la notificación de incumplimiento, para, ya sea, pagar el importe de la fianza o sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones² misma que, en el presente caso, luego de no aceptar los referidos reclamos, rectifica tal decisión comunicando al IDAAN estar en disposición de aceptar la subrogación, siempre y cuando la institución certifique, formalmente, que de conformidad, con lo establecido en el Artículo 21 del Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 48 de 10 de mayo de 2011, se realizarán los correspondientes ajustes de precios (Equilibrio contractual) y se otorgará una adenda de extensión de tiempo por los trabajos a ejecutar.

En consecuencia, consideramos oportuno hacer referencia al escrito *“La subrogación del fiador en el contrato de obras pública en la legislación panameña”* realizado por el licenciado Jaime Franco para la Revista de Gestión Pública de esta Procuraduría en el año 2011, a saber:

“Recalcamos el hecho de que el contrato principal ha sido rescindido por la entidad pública debido al incumplimiento del contratista, entonces cabe la pregunta ¿Cómo puede la fiadora subrogarse en los derechos y obligaciones del contratista si el contrato ya no existe?”

Bien, pensemos que se trata de una ficción que permite poner nuevamente en efecto un contrato rescindido, por lo que sigamos adelante.

¹ Ver competencias de la Contraloría General de la República dispuestas en el artículo 99 del Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 48 de 10 de mayo de 2011.

² Ver artículo 106 ibídem.

Una vez asumida la sustitución del contratista, la fiadora dispondrá de un término de otros treinta días calendario para continuar con la ejecución del contrato, término que no debe confundirse con el de la finalización de la obra, según lo pactado en el contrato ya rescindido.

Si el incumplimiento del contratista principal fue precisamente no entregar la obra en la fecha estipulada en el contrato, razón por la cual se declaró la resolución del contrato, esto significa que la entidad pública contratante y la fiadora, ahora constituida en contratista, deberán negociar nuevos términos, específicamente una nueva fecha de terminación y entrega de la obra.”

El precitado artículo, podrá ser ubicado en el siguiente enlace: <https://www.procuraduria-admon.gob.pa/wp-content/uploads/2014/12/junio2011.pdf>.

Luego de expuesto lo anterior, emitimos esta opinión sin perjuicio de que pueda usted elevar esta consulta ante la Dirección General de Contrataciones Públicas, atendiendo a su facultad privativa, a fin de lograr cumplir a cabalidad la misión encomendada al IDAAN mediante la Ley N° 77 de 28 de diciembre de 2001 “*Por la cual se reorganiza y moderniza el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales y dicta otras disposiciones.*”

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



RGM/cr
Exp. C-220-21

Adj: lo indicado