

27 de noviembre de 1984

Ingeniero
Arturo D. Melo, s.
Director general del
Instituto de Recursos Hidráulicos y
Electrificación.

Señor Director:

Por este medio acuso recibo de su atenta Nota DAL-35-4-84 de fecha 13 de noviembre de 1984, relacionada con nuestra opinión respecto "a nombre de quien o a favor de quien deben ser expedidas las fianzas provisionales o definitivas que se presenten en las Licitaciones Públicas que celebren las Entidades Autónomas".

En su oportunidad y mediante nuestra Nota No.31 de 3 de mayo de 1984, tal como usted lo indica, después del análisis de las normas pertinentes del Código Fiscal y disposiciones reglamentarias concluimos que las fianzas provisionales y definitivas deben ser expedidas en la forma que indican los artículos 28 y 45 del Decreto No. 70 de 1960, es decir, "a favor de la Contraloría General de la República".

No obstante los argumentos utilizados como fundamentos de nuestra opinión, en su Nota nos manifiesta tener un criterio distinto al expuesto por nosotros, fundamentado principalmente en las siguientes consideraciones:

"En consecuencia, consideramos que nos encontramos frente a un problema de interpretación, cuyo esclarecimiento nos impone recurrir a las disposiciones legales sobre los criterios de interpretación y orden de jerarquía de las normas.

Las disposiciones fundamentales relativas a la interpretación de las Leyes están contenidas en el Capítulo III del Título Preliminar del Código Civil, en los Artículos

14 y 15, que transcribimos a continuación:

"Artículo 14: Si en los Códigos de la República se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

- 1) La disposición relativa a un asunto especial, o negocios o casos particulares, se prefiere a la que tenga carácter general.
- 2) Quando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad y se hallaren en un mismo Código, se preferirá la disposición consignada en el Artículo posterior; y si estuviere en diversos códigos o Leyes, se preferirá la disposición del Código o Ley Especial sobre la materia de que se trate" (Subrayado nuestro).

"Artículo 15: Las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno, expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tiene fuerza obligatoria, y serán aplicadas mientras no sean contrarios a la Constitución o a las Leyes". (Subrayado nuestro).

Por otro lado, el Artículo 179 de la Constitución Nacional en su numeral 14, señala como una de las atribuciones que ejerce el Presidente de la República con la participación del Ministro respectivo, la de "reglamentar las leyes que lo requieren para su mejor cumplimiento, sin apartarse en ningún caso de su texto ni de su espíritu." (Subrayado nuestro).

Al indicar Usted, a favor de quien han de expedirse las referidas garan-

tías cita únicamente como fundamento de derechos de los Artículos 28 y 45 del Decreto No.170; sin embargo, consideramos que para emitir juicio sobre el tema es preciso tomar también en cuenta los Artículos 31 y 48 del referido Decreto, al igual que el contenido del Artículo 44 del Código Fiscal, disposición ésta jerárquicamente superior a los del citado Decreto.

Es decir, los artículos 28 y 45 están contenidos en el Decreto No.170 de 1960, que es un Decreto dictado por el Organó Ejecutivo de su facultad reglamentaria, en tanto que el Artículo 44, que establece que las fianzas provisionales y las definitivas deberán constituirse en el Ministerio donde se celebre la Licitación, se encuentra en el Código Fiscal, aprobado mediante Ley No.8 de 27 de enero de 1956.

Por lo tanto, cifiendonos a los criterios de interpretación de las Leyes, contenidas en las disposiciones del Código Civil y de la Constitución Nacional anteriormente citados, tenemos que:

a) Cuando dos disposiciones que tengan una misma especialidad se hallaren en un mismo instrumento normativo y sean incompatibles entre sí, se preferirá la disposición consignada en el Artículo posterior.

Situación que se presenta entre los Artículos 28 y 31, así como entre los Artículos 45 y 48 del Decreto No.170 de 1960.

b) Las disposiciones legales y constitucionales prevalecen sobre las que figuren en Decretos expedidos por el Ejecutivo en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Esta es la situación que se dá fren-

te a la incompatibilidad entre el Artículo 44 del Código Fiscal, que constituye una Ley de la República expedida por el Organó Legislativo, y los Artículos 28 y 45 del Decreto Reglamentario No. 170 de 1960, dictado por el Organó Ejecutivo en desarrollo de las disposiciones del Código Fiscal en materia de Licitación Pública.

e) Cuando una disposición que reglamenta o desarrolla una Ley, se aparta del Texto o el espíritu de ésta, prevalecerá lo establecido por la Ley (Artículo 179, Numeral 14, de la Constitución Nacional).

Situación ésta que presenta entre el Artículo 44 del Código Fiscal y los Artículos 28 y 45 del Decreto Reglamentario No. 170 de 1960.

Con fundamento en las consideraciones anteriormente expuestas, mantenemos nuestra posición en el sentido de que las garantías de propuesta (provisional) y de cumplimiento (definitivo) deben ser expedidas a nombre del IRNE y depositadas en la Contraloría General de la República." (Cfr. págs. 3, 4, 5 de la nota No. DAL-354-84 de 13 de noviembre de 1984).

De lo anterior es fácil advertir que se ha creado un problema de hermenéutica legal o interpretación y no de aplicación de las leyes como usted lo indica y que nuestra legislación resuelve a través de la observación de las reglas contenidas en los artículos 14 y 15 del Código Civil.

Sobre la interpretación y aplicación de las Leyes, Miguel Reale, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo comenta:

"Interpretación, integración y aplicación son tres términos técnicos que corresponden a tres conceptos distintos que, a veces, se confunden a causa de su íntima correlación. Como hemos visto reiteradamente, el Decreto es siempre una prescripción y un imperativo y no una simple indicación que pueda ser o no atendida de acuerdo con el exclusivo criterio de los

interesados. El derecho existe para ser obedecido, es decir, para ser aplicado. Todos, en nuestra vida común, aplicamos el Derecho. Ningún contrato se realiza sin que alguna forma de juricidad se aplique a las relaciones humanas.

El término aplicación del Derecho se reserva a la forma de aplicación hecha en virtud de la competencia de que se halla investido un órgano o una autoridad. El juez aplica el Derecho en cuanto obra no como un hombre cualquier, sino como partícipe del poder judicial. Lo mismo acontece con el administrador. La aplicación del Derecho es la imposición de un directriz como derivación de la competencia legal.

Para aplicar el Derecho, el órgano del Estado necesita, antes interpretarlo. La aplicación es un modo de ejercicio que está condicionado por una elección previa, de naturaleza axiológica, entre varias interpretaciones posibles. Previamente a la aplicación ha de haber interpretación, incluso en el caso de que la norma legal sea clara, pues la claridad sólo puede ser reconocida gracias al acto interpretativo. Además, es obvio que solamente aplica bien el Derecho quien lo interpreta bien". (REALE Miguel. Introducción al Derecho, Ediciones Pirámides, S.A., Madrid 1982, pág 229).

Es preciso entonces estudiar previamente el problema de la interpretación de las leyes, entender su sentido para luego después de interpretado, determinar lo relacionado con su aplicación si es que de su interpretación nace alguna incompatibilidad.

El mismo autor, Miguel Reale, sobre la hermenéutica legal o interpretación de las leyes nos comenta:

"El primer deber del intérprete es analizar la disposición legal a fin de captar plenamente lo que en ella se quiere expresar. La ley es una expresión de la voluntad del legislador, y por consiguiente, debe ser reproducida con exactitud y fidelidad. Para lograr esto, muchas veces hay que indagar acerca del exacto sentido de una palabra y del valor de las proposi-

ciones desde el punto de vista sintáctico.

La ley es una realidad morfológica y sintáctica que ha de ser estudiada también desde el punto de vista gramatical. El primer paso que el intérprete debe dar para presentarnos el sentido riguroso de una norma legal es el de la gramática, entendida está en su sentido más amplio. Toda Ley tiene una significación y un alcance que no son dados por la imaginación arbitraria del intérprete, sino que se nos revelan mediante el examen imparcial del texto."

(REALE. Miguel. op. cit pág. 216).

Igual regla de interpretación recoge nuestro derecho positivo en los artículos 9 y 10 del Código Civil que son del siguiente tenor:

"Artículo 9.- Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento."

"Artículo 10.- Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias se les dará en estos casos su significado legal".

Al analizar detenidamente el contenido de su Nota, observamos, que el problema tiene sus raíces en la interpretación o significado que le da al contenido de los artículos que dice son incompatibles o contrarios con los artículos 28 y 45 del Decreto No.170 de 1960.

Veámoslo:

"Artículo 28.- Para poder tomar parte en una licitación pública el proponente deberá consignar

a favor de la Contraloría General de la República-Garantía de Licitaciones- una fianza provisional por el 10% como mínimo, del importe o valor total de lo que sea objeto de la licitación. Esta fianza ha de acompañarse a la propuesta e incluirse dentro del sobre que contenga la misma."

"Artículo 45.- El rematante o sea el proponente que resultare agraciado deberá consignar a favor de la Contraloría General de la República-Garantía de Licitaciones-, fianza definitiva de cumplimiento, la cual no podrá bajar del 10% ni exceder del 100% del importe o valor total de lo que sea objeto de licitación."

Los artículos pre-transcritos establecen tanto la fianza de garantía provisional como la definitiva deberán ser consignadas a favor de la Contraloría General de la República.

Según el Diccionario de la Lengua Española, "consignar" y "a favor de", tienen el siguiente significado:

"Consignar: Entregar por vía de depósito, poner en depósito una cosa".

"a favor de: En beneficio y utilidad de uno--- A beneficio de".

(Cfr. Diccionario de la Lengua Española, 11ª Edición, págs. 347 y 611).

Luego entonces, atendiendo el sentido natural y obvio, según el uso general del significado de las palabras como lo ordena el artículo 10 del Código Civil, entendemos que según los artículos transcritos, las fianzas de garantía deben ser depositadas o puestas en depósito a beneficio de la Contraloría General de la República.

Analicemos ahora los artículos que usted considera incompatibles o contrarios a los artículos 28 y 45 del Decreto No.170 de 1960:

"Artículo 31.- Las fianzas provisionales deberán constituirse en el Ministerio donde se celebre la licitación y depositarse en la Contraloría General de la República."

"Artículo 43.- Las fianzas definitivas de cumplimiento deberán constituirse en el Ministerio donde se celebren las licitaciones y se depositarán en la Contraloría General de la República."

"Artículo 44 del Código Fiscal.- Las fianzas provisionales y las definitivas deberán constituirse en el Ministerio donde se celebre la licitación y depositarse en la Contraloría General de la República."

Si observamos detenidamente los artículos transcritos podemos notar que todos disponen que tanto las fianzas provisionales como las definitivas deberán constituirse en el Ministerio donde se celebre la licitación y depositarse en la Contraloría General de la República."

Para interpretar debidamente dichos artículos, recurrimos nuevamente al Diccionario de la Lengua Española a fin de atender el significado natural y obvio de los términos "constituir" y depositar".

"Constituirse.- Formar, componer".

"Depositar.- Poner bienes o cosas de valor bajo la custodia o guarda de persona abonada que guarda en la obligación de responder de ellos cuando se le piden."

(Cfr. Diccionario de la Lengua Española, XIX Edición, págs=348 y 434).

Tenemos entonces que el sentido literal y obvio de estos artículos nos indica que las fianzas respectivas deben formarse, componerse y agregarse nosotros entregarse en el Ministerio o institución donde se celebre la licitación y ponerse bajo la custodia de la Contraloría General de la República. Es decir, en ellos no se indica ni podemos entender en un correcto sentido, que se estén refiriendo o haciendo alusión al beneficiario de la fianza como ocurre en los artículos 28 y 45.

El Licenciado AGOSTA JUAN B., al referirse en su trabajo de graduación a los aspectos relacionados con la "Constitución de la fianza Definitiva", nos expresa lo siguiente:

C. Constitución de la Fianza Definitiva:

Se habrá de constituir la fianza de cumplimiento dentro del término de tres días de la adjudicación definitiva cuando aquella sea necesaria (Artículo 51 del Código Fiscal.).

El objetivo de la fianza definitiva es garantizar el fiel cumplimiento de las obligaciones que contraiga el proponente agraciado o rematante (Artículo 47 del Decreto 170 de 1960).

En virtud de haber ganado la adjudicación definitiva, el proponente deberá consignar a favor de la Contraloría General de la República - en la cuenta de garantía de licitaciones - la fianza definitiva de cumplimiento, la cual no podrá bajar del diez por ciento (10%) ni exceder del cien por ciento (100%) del importe o valor total de lo que sea objeto del procedimiento licitatorio (Artículo 45 del Decreto 170 de 1960).

La fianza definitiva podrá constituirse - al igual que la provisional - en dinero efectivo, cheque de gerencia, bonos o títulos de crédito del Estado, y pólizas de compañía de seguros; exigiéndose que las compañías de seguros y bancos que otorgan garantías tengan solvencia reconocida por el Estado, a través de la Superintendencia de Seguros y la Comisión Bancaria Nacional, según el caso.

Es menester anotar que la fianza definitiva de cumplimiento deberá constituirse en el Ministerio que celebre la licitación Pública (Artículo 48 del Decreto 170 de 1960).

La no constitución de la fianza definitiva producirá al rematante, la pérdida de la fianza provisional a favor del Te-

soro Nacional (Artículos 52 del Código Fiscal). (Subrayado nuestro).
 (ACOSTA BOTELLO, Juan. La Licitación Pública en la Doctrina y en el Derecho Positivo Panameño, Universidad de Panamá Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1977, págs 118 y 119).

A los términos constituirse y consignar, subrayados en los párrafos pre-transcritos, no podemos darle otro significado que el natural y obvio al que nos hemos estado refiriendo anteriormente ya que de hacer lo contrario nos llevaría a incumplir las normas de hermenéutica legal establecidas por nuestro derecho positivo, por una parte, y por la otra, no tendrían sentido lógico y sistemático las ideas esbozadas por el Licenciado Acosta en base a la interpretación de los artículos a que hace referencia.

Como conclusión de todo lo anterior es que interpretamos que los artículos 28 y 45 del Decreto No.170 de 1960 dicen en relación con el beneficiario de las fianzas y el depositario de la misma, que en ambos casos es la Contraloría General de la República, mientras que los artículos 31 y 48, ibidem y el artículo 44 del Código Fiscal, se refieren al lugar donde se formaliza, compone, y entrega legalmente la fianza, que lo es el Ministerio o Institución donde se lleva a cabo la licitación y dice también en relación al depositario o lugar donde debe depositarse definitivamente que lo es la Contraloría General de la República.

No encontramos entonces la contradicción o incompatibilidad entre las normas que estamos confrontando ya que todas se refieren a las fianzas de garantía pero regulando aspectos relativos al lugar de su formalización y entrega unas, y aspectos relativos al beneficiario otras, sin que exista ningún tipo de incompatibilidad o contradicción entre ellas ya que se refieren a formalismos diferentes respecto a su validez en las Licitaciones.

Consideramos que las normas analizadas son claras en su contenido por lo que debemos atenernos es a su tenor literal tal como lo preceptúa el artículo 9 del Código Civil, y si como hemos sostenido, no existe incompatibilidad o contradicción no hay porque recurrir a los artículos 14 y 15 del Código Civil para lo de su aplicación.

No obstante lo anterior y en relación con las fianzas otorgadas por compañías aseguradoras, recientemente al Contralor General de la República, en base al artículo 1095 del Código Fiscal, dictó el Decreto No.63 de 24 de agosto de

1984, mediante el cual se reglamenta este tipo de fianzas.

El decreto en referencia al regularlos establece nuevas formas, términos y condiciones para su constitución, disponiendo en su artículo SEGUNDO expresamente, que el BENEFICIARIO lo es "la Institución Pública correspondiente", es decir, la Institución Oficial en donde se celebra la licitación.

Sin embargo esto no es contrario a lo expuesto anteriormente respecto a los artículos que hemos estado analizando, sino más bien complementario ya que el artículo SEGUNDO en su segundo párrafo, también considera a la Contraloría General de la República como beneficiaria de las fianzas y para tales efectos la faculta para ejercer las reclamaciones correspondientes aunque en el documento de fianza no se establezca expresamente que la Contraloría es beneficiaria.

El Artículo SEGUNDO del Decreto No. 63 de 1984 dice:

"La fianza emitida en forma de Póliza de Compañía de Seguros, es un contrato contenido en un documento de texto breve y general, que vincula al FIADOR, que es la compañía aseguradora garante del cumplimiento de la obligación de una persona jurídica o natural, llamado FIADO, para con un tercero, que es la Institución Pública correspondiente, llamada BENEFICIARIO.

La compañía aseguradora se le denomina LA FIADORA y la Institución Pública correspondiente LA ENTIDAD OFICIAL. Para efectos de reclamación también se entiende a la Contraloría General de la República como LA ENTIDAD OFICIAL."

Esta opinión la fundamentamos también en el artículo OCTAVO del Decreto No.63 que reza así:

"Artículo Octavo.- Cuando el contratista deje de cumplir con la obligación que garantiza la fianza, la Institución Pública correspondiente lo notificara a la FIADORA para que éste adopte las acciones que le correspondan: Además: Siempre lo comunicará al Contralor General de la República

blica para los fines de coordinar las medidas que sean pertinentes a los mejores intereses de EL ESTADO."

Es más, en los textos de los documentos de fianzas aprobados por la Contraloría en base al Decreto No.63 de 1980, para ser utilizado en las Licitaciones, se incluye la siguiente condición:

"Toda reclamación con base en esta fianza deberá ser hecha por la ENTIDAD OFICIAL a LA FIADORA. Para efectos de reclamación también se entienda LA CONTRALORIA General de la República como la ENTIDAD OFICIAL."

Es decir que este tipo de fianzas pueden ser expedidas a nombre de la Institución Oficial (como beneficiario), pero aunque en ella no se exprese se debe tener también como beneficiaria a la Contraloría general de la República por disposición legal.

En espera de haber aclarado debidamente su interesante consulta se despide,

Atentamente,

Lcdo. José A. Troyano
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACION

O.J.