

Panamá, 13 de julio de 1998.

Licenciada
Elisa M. de Carrizo
Superintendencia de Seguros y Reaseguros.
Ministerio de Comercio e Industrias.
E. S. D.

Señora Superintendente:

Dando cumplimiento a lo establecido en el Código Judicial artículo 348, numeral 4, con mucho gusto procedo a ofrecerle nuestro consejo jurídico en relación con la aceptación o rechazo de las fianzas que deban presentar los particulares a favor del Estado. Concretamente, se me han planteado cinco (5) interrogantes, que contestaré en el mismo orden y de manera inmediata, así:

Primera interrogante: ¿Quién es la autoridad que de conformidad con la Ley, puede rechazar una fianza otorgada por un particular (compañías de seguro o empresas afianzadoras) a favor del Estado ?

La autoridad que por Ley debe rechazar una fianza que sea prestada por un particular a través de una compañía de seguro u otra empresa afianzadora a favor del Estado es el Contralor General de la República o quién él designe, a la luz del contenido del artículo 111 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, ¿Por la cual se regula la Contratación Pública y se dictan otras disposiciones¿; de manera taxativa sostiene:

¿Artículo 111. Constitución de las fianzas.

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 cheques librados o certificados.

Las compañías de seguros y los bancos a que se refiere este artículo, deben tener solvencia reconocida por la Superintendencia de Seguros o por la Comisión Bancaria Nacional, según el caso.

Con tal finalidad, dichas entidades remitirán anualmente, a la Contraloría General de la República, una lista de compañías de seguros y de los bancos que gocen de solvencia, indicando, en cada caso, el monto de las obligaciones que pueden garantizar tales compañías de seguros o bancos.

La Contraloría General de la República queda facultada para rechazar cualquier fianza que no represente una adecuada garantía de cumplimiento del contrato, así como para exigir la sustitución de garantías otorgadas por bancos o compañías de seguros que no se encuentren en capacidad económica comprobada de garantizar dichas obligaciones contractuales, por otras otorgadas por compañías de seguros o bancos que tengan la capacidad.

Las fianzas emitidas por las compañías de seguros deben ser constituidas de acuerdo con el modelo, reglamentado mediante decreto, expedido por la Contraloría General de la República. ¿ (Lo subrayado y resaltado es de la Procuraduría).

Puede observarse que precisamente, el penúltimo párrafo de la disposición transcrita señala con meridiana claridad que la Contraloría General es la entidad que ostenta la potestad para decidir la aceptación o rechazo de las fianzas que deben constituirse a favor del Estado, atendiendo diferentes aspectos que están inmersos en la norma in comento, tales como: que la fianza presentada no represente una adecuada garantía de cumplimiento del contrato, que la compañía de seguro o el banco que emita la garantía no cuente con la capacidad económica requerida para garantizar la obligación contraída y, que la misma no llene los requisitos exigidos por la Contraloría, esto es, ser constituida de conformidad al modelo que señale esta institución, el cual debe encontrarse reglamentado a través de decreto.

Segunda interrogante: ¿ Cuáles son las bases jurídicas y razones de hecho, para que dicho o dichos funcionarios puedan rechazar fianzas otorgadas por particulares a favor del Estado?

La actuación del funcionario de la Contraloría General de la República, en relación con la aceptación o rechazo de las fianzas de cumplimiento a favor del Estado, sí tiene fundamento legal. Esto se desprende de manera indubitable del contenido del mencionado artículo 111 de la Ley 56 ibídem, al concederle de modo expreso la facultad de rechazar cualquier fianza que no represente garantía adecuada de cumplimiento de un contrato.

Y es que ello, tiene su sustento jurídico principalmente en el contenido de esta norma per se , o sea, en el aludido artículo 111, pues dicha disposición expresa que para no ser rechazadas las fianzas emitidas las compañías de seguro y los bancos a que se refiere ese artículo deben tener solvencia reconocida por la Superintendencia de Seguros. Igualmente, según la norma in comento pueden ser rechazadas, por no representar una garantía adecuada de cumplimiento. En estos casos, la Contraloría queda de igual modo facultada para exigir la sustitución de garantías otorgadas por bancos o compañías de seguros que no se encuentren en capacidad comprobada de garantizar dichas obligaciones contractuales, por otras otorgadas por compañías o bancos que sí cuenten con la capacidad requerida a tales efectos. Cabe añadir, que también pueden ser rechazadas al no ser constituidas conforme al modelo que previamente haya elaborado la Contraloría, mismo que ha de estar debidamente reglamentado a través de decreto. Por lo que, como podemos apreciar existen suficientes razones de derecho que avala la actuación de la Contraloría General en estos casos.

Por otro lado, esta labor de fiscalización y control que debe ejercer la Contraloría es en todas las instituciones estatales que manejen o custodien fondos públicos, en este caso, las fianzas vienen a garantizar el cumplimiento de una obligación contraída, que de no llegar a cumplirse por algún motivo entonces, la garantía entra a formar parte del erario público, por lo que este ente estatal debe cumplir sus delicadas funciones de fiscalización y control. (Cfr. Ley 59 de 29 de julio de 1996, artíc. 6 y Ley 32 de 1984, artícs. 1,2,11 num.2, 50 y 51; esta última norma es concordante con el artículo 276 de la Constitución Política).

Tercera interrogante: ¿ Quién es el ente encargado de determinar cuando una compañía de seguro o empresa afianzadora tiene la capacidad o solvencia económica para cumplir con las fianzas que emite ?

El ente encargado de determinar cuando la compañía de seguro o empresa afianzadora tiene la capacidad o solvencia económica para garantizar satisfactoriamente la fianza emitida, es la Superintendencia de Seguros y Reaseguros, según el tenor literal de los artículos 1; 10 nums. 3,7,8 , 9 y 11; y 11 de la Ley 59 de 29 de julio antes citada. A mayor ilustración, pasamos a transcribirle dichos artículos:

¿Artículo 1. Quedan sometidas al control, autorización previa, fiscalización, supervisión, reglamentación y vigilancia de la Superintendencia de Seguros y Reaseguros, las empresas o entidades que tengan por objeto realizar operaciones de seguros, en cualquiera de sus ramos, y de fianzas, así como las administradoras de empresas aseguradoras, administradoras de corredores de seguro, ajustadores y las personas naturales o jurídicas que se dediquen al corretaje de seguros¿. (Lo subrayado es de la Procuraduría).

=====o=====

¿Artículo 10. Serán funciones del Superintendente, además de las señaladas específicamente en otros artículos de esta Ley, las siguientes:

1. ...
2. ...
3. Revisar, tramitar e investigar, previa presentación al Consejo Técnico de Seguros, las solicitudes que hagan las empresas que desean dedicarse a cualquier actividad regulada por esta Ley.
4. Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales vigentes, por parte de las empresas y personas reguladas por la presente Ley.
7. Cuidar que las empresas y personas reguladas por esta Ley mantengan las reservas y garantías que ellas requieran.
8. Velar que las compañías de seguros establecidas o que se establezcan en el país, mantengan siempre el capital mínimo pagado requerido por esta ley.
9. Determinar y velar que las compañías de seguros cumplan con los indicadores de solvencia y liquidez requeridos, y que el capital pagado se ajuste a los requerimientos de dichos indicadores.

13. ...¿ (Lo subrayado es de la Procuraduría).

=====0=====

¿Artículo 11. Corresponderá a la Superintendencia determinar si una empresa o entidad debe ser considerada como compañía de seguros, al igual que si una persona natural o jurídica debe ser considerada como corredor de seguros.¿

Tal como se colige de las normas copiadas, corresponde a la Superintendencia de Seguros y Reaseguros, determinar y velar por que las compañías que se dediquen a operaciones de seguros, corretajes y fianzas mantengan los indicadores de solvencia y liquidez que a tales fines exigen las disposiciones vigentes, a tenor del numeral 9 del artículo 10 de la Ley 59 ibídem, ut supra copiado. Asimismo, se desprende de las normas in examine que la Superintendencia debe encargarse de revisar e investigar las solicitudes que efectúen empresas que deseen dedicarse a estas actividades, lo cual significa que antes de autorizar a una empresa para dedicarse a tales actividades se efectúa una investigación previa de los documentos que se presentan así como del status económico de la empresa solicitante.

Cuarta interrogante: ¿ Sí es legal crear límites automáticos para que las empresas afianzadoras otorguen fianzas a favor del Estado? y, si esos límites automáticos causan fueros y privilegios a favor de determinadas compañías?

De acuerdo a la Ley 56 de 1995 y la Ley 59 de 1996, no dicen nada en relación con estos límites automáticos. Sin embargo, según Usted nos explica, para certificar la expedición de una fianza por parte de una compañía aseguradora a favor del Estado, la Superintendencia ha de verificar previamente si la fiadora o compañía de seguros tiene contratos de reaseguros obligatorios que respalden el monto de la fianza objeto de la certificación, a éstos se les denomina contratos automáticos de reaseguros. De manera tal que, estos contratos automáticos surgen como producto de la negociación entre las compañías de seguros y los reaseguradores. Negociaciones que son realizadas usualmente todos los años. Por esta razón, la Superintendencia de Seguros y Reaseguros no es la que fija los límites automáticos, sino que tales límites son el resultado de una negociación entre las compañías de seguros y los reaseguradores.

Siendo así, consideramos que no puede alegarse que se den fueros y privilegios, a favor de determinadas compañías, debido a que se trata de una transacción totalmente privada, en la que la Superintendencia solamente acepta lo negociado.

Al respecto, es oportuno destacar que existe una norma de carácter general en materia de contratos que de manera concreta señala que las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral ni al orden público. (Cfr. Código Civil, art. 1106). Por tal motivo, creemos que el crear límites automáticos en esta materia es completamente legal, toda vez que tal como señalamos arriba la ley no lo prohíbe expresamente y éstos no contrarían de modo alguno la ley.

De otro lado, es menester tener presente que la Ley 59, por la cual se reglamentan las entidades aseguradoras, establece de manera clara que le corresponde al Consejo Técnico de la Superintendencia trazar la política a seguir por ésta. (Cfr. artículos, 10 num.12 y, 13 num.2 de la Ley 59 de 1996). De manera que, de ser necesario reglamentar este aspecto le correspondería al Consejo Técnico emitir pronunciamiento sobre el mismo.

Quinta interrogante: Sí la Contraloría de la República debe o no antes de rechazar una fianza emitida a favor del Estado por una compañía de seguros o empresa aseguradora, haber obtenido la aprobación de la Superintendencia de Seguros y Reaseguros al tenor de lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley 56 de 1995 y el artículo 10 de la Ley 59 de 1996?

Para rechazar una fianza por cualquiera de las razones que señala taxativamente el tantas veces referido artículo 111 de la Ley 56, debe tenerse muy claro que la Superintendencia de Seguros y Reaseguros es la entidad rectora en esta materia, por ende encargada de determinar aspectos sustanciales como la capacidad o solvencia económica de las compañías de seguros o empresas afianzadoras, requisitos y garantías para constituir entidades aseguradoras, autorización para operar, autorización para ejercer la profesión, aplicación de sanciones por incumplimiento de sus obligaciones, entre otras. (Cfr. Ley 59, artícs. 1, 10,14,15,15, 102, 110, etc). Por tanto, coincidimos plenamente con Usted en que antes de rechazar o aceptar una fianza emitida a favor del Estado por una compañía de Seguros, la Contraloría General de la República, debe coordinar con la Superintendencia de Seguros y Reaseguros, con el propósito que se garantice el adecuado cumplimiento de las funciones de ambas instituciones para beneficio de todos, pero particularmente para el Estado.

De esta forma esperamos haber dado respuesta satisfactoria a las inquietudes planteadas, me suscribo, con mis respetos de siempre,

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/16/hf.

¿1999: Año de la Reversión del Canal a Panamá¿