

Panamá, 20 de noviembre de 1997.

Señor  
**Aristides Romero**  
Contralor General de la República  
E. S. D.

Señor Contralor:

En respuesta a su Consulta formulada mediante Nota No.3502-Leg., de fecha 27 de octubre de 1997, tenemos a bien exponer las siguientes consideraciones.

El criterio legal que nos solicita gira en torno al artículo 108 de la Ley 56 de 1995, que regula lo relativo a la Fianza de Cumplimiento, y que textualmente dice:

**Artículo 108:**

“Perfeccionada la adjudicación definitiva en la forma establecida en la presente Ley, el ministro o representante legal de la entidad pública licitante requerirá, al proponente, la presentación de la fianza de cumplimiento del contrato, dentro del término de cinco (5) días hábiles siguientes a la formalización del contrato.

Esta fianza garantiza el cumplimiento de un contrato u obligación de ejecutar fielmente su objeto y, una vez cumplido éste, de corregir los defectos a que hubiere lugar. Su vigencia corresponde al período de ejecución del contrato principal, más un término de un año, si se tratare de bienes muebles para responder por vicios redhibitorios, tales como mano de obra, material

defectuoso o cualquier otro vicio o defecto de la cosa objeto del contrato, salvo los bienes muebles consumibles que no tengan reglamentación especial, cuyo término de cobertura será de seis (6) meses, y por el término de tres (3) años, para responder por defectos de reconstrucción o de construcción de la obra o de bien inmueble.

El adjudicatario de un contrato de arrendamiento de un bien del Estado, consignará una fianza de cumplimiento equivalente al importe de un (1) mes de canon de arrendamiento por cada año de vigencia del contrato. En ningún caso podrá exceder de seis (6) meses de canon de arrendamiento.

En los contratos de cuantía indeterminada, la entidad licitante, en coordinación con la Contraloría General de la República, fijará el monto de la fianza de cumplimiento a consignarse.”

El examen de la Consulta fundamentalmente se dirige a determinar si los contratos de servicios profesionales y consultorías están excluidos o no de la obligación de prestar Fianza de Cumplimiento, en los términos ordenados por el artículo 108 de la Ley 56 de 1995, antes transcrito.

Para iniciar el análisis es conveniente recurrir a la definición genérica de Fianza, que brinda el Diccionario Jurídico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, y que expresa que aquella es “la suma de dinero u otro bien que se deposita, consigna o pasa a poder del acreedor para responder de la obligación asegurada.”

Para referirse al ámbito de la Fianza, sigue diciendo Cabanellas, que ésta será necesaria cuando la nulidad de la obligación sólo puede ser reclamada en virtud de excepción puramente personal del obligado. En otros términos, puede afianzarse toda obligación válida, ante la eventualidad de que el obligado no cumpla o se encuentre impedido de cumplir (confróntese artículo 1514 del Código Civil).

El concepto de Fianza es recogido por nuestro Código Civil, en el artículo 1512, cuyo texto expresa que:

Artículo 1512:

“Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste.

...”

Visto el concepto genérico de Fianza, corresponde ubicarla en el marco convencional; específicamente dentro de los contratos de servicios profesionales y consultoría que celebre el Estado o sus entidades con un particular. En ese sentido, y partiendo del concepto estudiado, podemos ubicar dentro de los actos públicos de selección de contratista, distintas especies de Fianza (Fianza de Propuesta, Fianza de Cumplimiento, Fianza de Pago) que en términos generales buscan satisfacer la misma finalidad, es decir, garantizar una obligación. No obstante ello, para los efectos de esta Consulta, nos interesa ver la Fianza de Cumplimiento a la que nuestra Ley 56 de 1995, contentiva del procedimiento de contratación pública, le brinda una definición en su artículo 3, numeral 12, expresando que ésta viene a ser la:

“Garantía exigida al adjudicatario de un acto público de selección de contratista o beneficiario de una excepción de acto público, para el fiel cumplimiento del contrato.”

Ahora bien, inicialmente citamos el artículo 108 que recoge la figura de la Fianza de Cumplimiento, inserto como hemos visto en la Ley 56 de 1995. Esa disposición legal, tras exponer en su primer párrafo el momento o la oportunidad en que aquella es requerida, entra a señalar el propósito que persigue, diciendo que: “Esta fianza garantiza el cumplimiento de un contrato u obligación de ejecutar fielmente su objeto y, una vez cumplido éste, de corregir los defectos a que hubiere lugar.” Para este tipo de contratos, es conveniente aclarar, el monto de la fianza será determinado por la cantidad licitante en coordinación con la Contraloría General de la República.

Posteriormente, el artículo 108, de la Ley 56 de 1995, expresa en cuanto a la Fianza de Cumplimiento, su vigencia y el valor de ésta en atención a la cuantía del contrato en el que ella tenga lugar.

Sin embargo, del texto del artículo 108 en mención, no se percibe exclusión o distinción alguna, en cuanto a la exigencia de la Fianza de Cumplimiento en los contratos de servicio profesional y consultoría con relación a otras especies de contrato, lo cual respalda los argumentos expuestos por la Dirección de Asesoría Legal de la Contraloría General de la República.

En ese mismo sentido, podemos acotar que la interpretación que excluya la exigencia de la Fianza de Cumplimiento dentro de los contratos de servicios profesionales y de consultoría es contraria al espíritu que persigue en sí misma esa figura jurídica, como es naturalmente garantizar el cumplimiento del contrato o los defectos que pudieran tener lugar, así mismo sería apartarla del propio ámbito que se le atribuye a la Ley 56 de 1995, en el artículo 1, numeral 3; cuando dice que esa Ley se aplicará a la contrataciones que realicen el Estado, sus entidades autónomas o semiautónomas para - citamos el numeral 3-: "Prestación de servicios".

Finalmente, debemos señalar en relación al criterio expuesto por el Ministerio de Hacienda y Tesoro el cual sostiene que la Fianza de Cumplimiento específicamente tendrá lugar en los contratos de bienes muebles y obras, lo siguiente: al confrontar el artículo 93 de la Ley 56 de 1995, sobre el contrato de servicios se hace remisión al artículo 41 de la misma Ley, o en su defecto a las normas referentes al contrato de obra, de manera que es evidente su aplicación en aquel tipo de contrataciones - servicios profesionales y consultoría-.

Atentamente,

**Dr. José Juan Ceballos Hijo**  
Procurador de la Administración  
(Suplente)

JJC/7/cch.