

# **Pólizas de Cumplimiento: una alternativa legal y segura para proteger el patrimonio público**

*El artículo 335 de la Constitución Política establece claramente que la actividad aseguradora es de interés público, que sólo puede ser ejercida previa autorización del Estado y en la medida que se cumplan los requisitos de prudencia exigidos para proteger los recursos captados masivamente del público.*

Por:

**Juan Pablo Araújo**

Director de la Cámara de Cumplimiento  
FASECOLDA

El objetivo de la norma es garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas contractualmente por parte de las distintas entidades que pertenecen al sector financiero, y específicamente en el caso de las aseguradoras, el objeto no es otro que garantizar el pago de la indemnización que surge como consecuencia de la realización del riesgo asegurado. Para lograr dicha finalidad y evitar

la indebida administración de los recursos del público, el Estado, a través de la Superintendencia Financiera ejerce el control y vigilancia sobre todos los entes que desarrollan la actividad aseguradora.

A pesar de los estrictos requisitos que se exigen en Colombia a las entidades que hacen parte del sector

## Termómetro

financiero, desde hace aproximadamente tres años, han surgido algunas sociedades denominadas afianzadoras, que se dedican a “asumir riesgos”, sin contar con las condiciones exigidas para desarrollar dicha actividad.

Inicialmente, el argumento era que celebraban contratos de fianza, por tanto, su objeto social se encontraba ajustado a la ley, en la medida que el Código Civil regula el mencionado acuerdo de voluntades en los artículos 2361 a 2408, y aprovecharon además la discusión doctrinaria que se venía presentado en Colombia sobre las similitudes que existen entre el contrato de seguro de cumplimiento y el contrato de fianza para incursionar en el mercado.

En ese primer momento, el problema era relativamente sencillo porque contestando el siguiente interrogante se

» ¿Es el contrato de fianza un mecanismo de cobertura válido para cubrir el patrimonio del Estado frente a los perjuicios que cause el contratista con su incumplimiento?

resolvía el tema: ¿es el contrato de fianza un mecanismo de cobertura válido para cubrir el patrimonio del Estado frente a los perjuicios que cause el contratista con su incumplimiento? La respuesta, por supuesto, es negativa, fundamentalmente porque el legislador así lo determinó, cuando en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 estableció que “las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías



Vive  
tranquilo al  
lado de los que  
más quieres



bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto.” El reglamento es el Decreto 734 de 2012, que textualmente indica que “en los procesos de contratación los oferentes o contratistas podrán otorgar únicamente, como mecanismo de cobertura de riesgo, cualquiera de las siguientes garantías: póliza de seguros, fiducia mercantil en garantía, garantía bancaria a primer requerimiento, endoso en garantía de títulos valores, depósito de dinero en garantía (...).”

También se aceptan las cartas de crédito stand by, cuando el oferente o contratista es extranjero y no tiene domicilio o sucursal en Colombia. Es importante resaltar que el antiguo Decreto 4828 de 2008, tampoco facultaba a las entidades públicas para que aceptaran la fianza como mecanismo de cobertura de riesgo, y en el ordenamiento jurídico colombiano los funcionarios públicos sólo pueden hacer lo que la ley les permite, a diferencia de los particulares que pueden hacer todo lo que no está prohibido.

Es claro entonces, que legalmente el contrato de fianza no es un mecanismo de cobertura de riesgo válido para proteger a las entidades públicas frente a los perjuicios que se causen como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones.

Si el problema fuera que “las afianzadoras” ofrecen contratos de fianza para garantizar obligaciones contractuales, asumidas por contratistas del Estado, el tema estaría claro, en la medida que la Ley colombiana no permite esta clase de acuerdos de voluntades como mecanismo de cobertura de riesgo. El problema es que las afianzadoras, en muchos casos para no decir que en casi todos, no celebran contratos de fianza, sino otra clase de acuerdos de voluntades, cuya naturaleza jurídica no es del todo clara, porque establecen cláusulas que indican que la garantía otorgada “no constituye una fianza, ni es solidaria, ni incondicional”, entonces ¿Qué

será? Lo cierto, es que los contratos que hoy “aseguran” a algunas entidades públicas no son contratos de seguro, ni son garantías bancarias de aquellas aceptadas por la ley, son simplemente contratos celebrados por sociedades denominadas “afianzadoras”, que no hacen parte del sistema financiero y por tanto no se encuentran sometidas a los estrictos controles que rigen para las entidades que hacen parte de este.

En ese orden de ideas, se debe dejar muy claro que la discusión que han planteado algunos doctrinantes, sobre las diferencias y similitudes que existen entre el contrato de seguro de cumplimiento y la fianza, no tiene cabida en la problemática analizada, porque la mayoría de las afianzadoras en sus condiciones dicen que el contrato celebrado “no constituye fianza”.

» ¿Es el contrato de fianza un mecanismo de cobertura válido para cubrir el patrimonio del Estado frente a los perjuicios que cause el contratista con su incumplimiento?

Las “afianzadoras”, sin lugar a dudas, afectan y desequilibran el mercado de las aseguradoras, porque generan una competencia ilegal, en la medida que a las primeras no se les exige los mismos requisitos que a las segundas. Por ejemplo, no se sabe si las afianzadoras tienen el capital técnico y solvencia económica para responder por los compromisos contractuales asumidos; no se conoce cuál es el mecanismo que estas tienen para garantizar que existe otro capital respaldando las obligaciones contraídas; la gran mayoría de estas sociedades son SAS, aunque esto per se no es malo, se plantea porque a las aseguradoras se les exige que su constitución se haga a través de un tipo societario específico; tampoco se sabe si estas sociedades tienen un régimen de reservas técnicas.

Adicionalmente, es importante indicar que el control y la vigilancia que ejerce la Superintendencia de Sociedades de manera general sobre todos los tipos societarios no es suficiente para garantizar que los recursos del público que se le entregan a las “afianzadoras” van a ser bien administrados, entre otras cosas, porque para esa clase de actividad se ha creado una supervisión especializada, que ejerce la Superintendencia Financiera. Pero más que afectar a las aseguradoras, las “afianzadoras” ponen en riesgo y peligro el patrimonio público de aquellas entidades estatales que por cualquier razón aceptaron esta clase de contratos para cubrirse frente a los posibles perjuicios que se causen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el contratista.

Después del Estado colombiano, los más afectados en mi concepto podrían ser los funcionarios públicos que aprueban las garantías que otorgan los contratistas, y aceptan los documentos expedidos por las afianzadoras, en la medida que podrían llegar a responder ante la Contraloría General de la República, en el evento que se demuestre que hay un detrimento patrimonial; ante

la Procuraduría General de la Nación, si se llegare a determinar que la actuación adelantada constituye falta disciplinaria; e incluso la Fiscalía General de la Nación podría investigar la conducta, para determinar si el contrato estatal garantizado con un mecanismo de cobertura de riesgo que no es aceptado por el Decreto 734 de 2012 cumple con todos los requisitos legales exigidos.

Todo este análisis ha tomado importancia, a raíz de la expedición de la Resolución 982 de 2012 por parte de la Superintendencia Financiera, quedespues de adelantar una exhaustiva investigación por más de un año y medio, le ordenó a la Compañía de Créditos y Afianzamiento – Crediafianzar - S.A.S. suspender inmediatamente la expedición de pólizas de cumplimiento a favor de entidades estatales y pólizas de responsabilidad civil extracontractual. Según lo indicado en el acto administrativo expedido por el organismo de control, la afianzadora estaba ejerciendo la actividad aseguradora de manera ilegal. En buena hora la Superintendencia Financiera ha intervenido en aras de proteger el interés general, y sobre todo el patrimonio público.

