



La eterna confusión entre
fianza y seguro de cumplimiento

¿Cuáles son sus verdaderas diferencias?

A pesar de que la ley, la jurisprudencia, la doctrina, conceptos y sanciones de la Superintendencia Financiera distinguen con claridad las diferencias entre el seguro de cumplimiento y la fianza, lo cierto es que persiste la confusión entre estas dos figuras.

Daniela Arias Arias

Directora de las Cámaras Técnicas de Cumplimiento y Responsabilidad Civil de Fasecolda

La confusión es de antaño y se mantiene en diferentes escenarios. Por ejemplo, artículos de prensa que intentan explicar qué es una fianza indican que este mecanismo «asegura» el cumplimiento de una obligación; mencionan que «la fianza es una especie de seguro que le permite a una empresa o a una persona protegerse en caso de incumplimiento del deudor» (subrayado y negrilla fuera de texto). Al mismo tiempo, indican que las afianzadoras cuentan con el respaldo de un «reasegurador internacional» que apoya los compromisos de dichas entidades y que tienen un fondo de «reservas de primas» para eventos de incumplimiento¹.

Aunado a lo anterior, se evidencia que algunas afianzadoras utilizan en sus razones sociales la palabra «seguro», o incluyen dentro de sus objetos sociales actividades propias de la aseguradora, tales como realizar «ajustes de siniestros» u otorgar fianzas para el cumplimiento de obligaciones adquiridas con el Estado, reforzando la confusión existente entre estos dos tipos de contrato.

El uso de términos propios de la actividad aseguradora en los contratos de fianza, tales como «primas», «siniestros», «reaseguro» o «reservas», no es inocuo o meramente teórico. La confusión ha traído consecuencias prácticas, pues existen sanciones impuestas por la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC) a entidades de esta naturaleza. Una de estas fue la Resolución 982 de 2012, en donde la SFC ordenó a la Compañía de Créditos y Afianzamiento Crediafianzar S.A.S, abstenerse de continuar ejerciendo la actividad aseguradora de manera ilegal.

Pese a tener esta sanción como referente, en la actualidad encontramos afianzadoras que, escudadas en la eterna confusión entre estos dos conceptos, continúan ofreciendo fianzas al Estado como mecanismos válidos de garantía, aunque no están autorizadas para garantizar el patrimonio público. Prueba de ello es el reciente caso

de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), que declaró desistida tácitamente la solicitud de concesión portuaria, presentada por la Sociedad Promotora Proyecto Arquímedes S.A., ubicada en el municipio de Tribugá (Chocó), debido a que no cumplió con el requisito relacionado con la garantía de seriedad del ofrecimiento.

La ANI señaló que la sociedad oferente presentó como cobertura del riesgo de la seriedad de la oferta un contrato de fianza suscrito con la Compañía Colombiana de Créditos y Fianzas S.A.S – AFIANCOL. La declaratoria del desistimiento tácito se dio luego de que la ANI solicitara un concepto a la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente (CCE) y a la SFC, quienes confirmaron que la fianza no es un mecanismo válido de garantía para la protección del patrimonio público².

➔ Algunas afianzadoras utilizan en sus razones sociales la palabra «seguro», o incluyen dentro de sus objetos sociales actividades propias de la aseguradora, tales como realizar «ajustes de siniestros», reforzando la confusión existente entre estos dos tipos de contrato.

Los anteriores casos demuestran que la constante confusión entre fianza y seguro de cumplimiento fomenta un escenario de competencia desequilibrada entre las aseguradoras y las afianzadoras, quienes comparten algunos mercados y negocios, pero en condiciones jurídicas, financieras y técnicas

-
1. Afianzamiento, una opción para quienes no tienen fiadores. Portafolio. (18 de abril de 2021). <https://www.portafolio.co/economia/finanzas/afianzamiento-una-opcion-para-quienes-no-tienen-fiadores-551052>.
 2. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI -, Comunicado a la Opinión Pública del 29 de septiembre de 2020, Consulta en línea en: <https://www.mintransporte.gov.co/publicaciones/9014/comunicado-a-la-opinion-publica/>

inequitativas. De igual forma, el consumidor financiero también es víctima de esta discusión, pues la información que obtiene no es la adecuada para que pueda discernir con claridad la conveniencia de elegir o constituir un producto o el otro.

En virtud de lo anterior, a través del siguiente cuadro comparativo se establecen las claridades básicas de las diferencias entre fianza y seguro de cumplimiento.

	Diferencias	Seguro de cumplimiento	Fianza
1	Fuente legal	<p>El contrato de seguro está contemplado en el artículo 1036 del Código de Comercio.</p> <p>El seguro de cumplimiento propiamente dicho se creó a través de la Ley 225 de 1938, norma recogida en el artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF).</p>	La fianza encuentra su fuente legal en el artículo 2361 del Código Civil.
2	Objeto, alcance o finalidad	<p>Tiene por objeto indemnizar al asegurado por el incumplimiento imputable al deudor de una obligación. Se rige por el principio indemnizatorio de los seguros de daños³.</p> <p><u>La obligación de la aseguradora es propia</u> y responde en la medida en que se materialice el riesgo de incumplimiento y exista un detrimento patrimonial.</p> <p>La compañía de seguros responde hasta el límite del valor asegurado. Bajo el seguro de cumplimiento es correcto hablar de «aseguramiento», «respaldo reasegurador» o «cobertura»⁴.</p>	Es una obligación accesoria, en virtud de la cual <u>una o más personas responden de una obligación ajena</u> , comprometiéndose con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple. No tiene por objeto «asegurar» y tampoco es una «especie de seguro». Como se vio, es un contrato diferente al contrato de seguro ⁵ .
3	Quién lo constituye	El seguro de cumplimiento solo puede ser constituido por una compañía aseguradora, debidamente autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia. Las compañías aseguradoras solo pueden ser sociedades anónimas (S.A.).	La fianza puede ser constituida por cualquier persona natural o jurídica. En el mercado existen afianzadoras constituidas bajo diferentes tipos societarios. Por ejemplo, existen afianzadoras constituidas como sociedades por acciones simplificadas (S.A.S.), sociedades anónimas (S.A.) y también como sociedades de responsabilidad limitada (Ltda.). Las personas naturales pueden fungir, igualmente, como fiadores de obligaciones.
4	Admisibilidad para garantizar obligaciones a favor del Estado	El seguro de cumplimiento es uno de los mecanismos de garantía admisibles en la ley para proteger el patrimonio público, junto con las garantías bancarias y el patrimonio autónomo ⁶ .	<p>La fianza no es un mecanismo válido de garantía para el cumplimiento de obligaciones a favor del Estado.</p> <p>En palabras de la SFC: «las entidades públicas sometidas al régimen de contratación de la administración pública no pueden aceptar los contratos de fianza expedidos por afianzadoras como garantías en procesos de contratación pública.»⁷</p>

	Diferencias	Seguro de cumplimiento	Fianza
5	Denominación de su precio	El precio del seguro se denomina «prima». Siempre existe una prima en el contrato de seguro, es decir, el seguro siempre tiene un precio ⁸ .	El precio de la fianza se denomina «remuneración». Es posible que una fianza no sea remunerada. Dicho de otra manera, una persona puede servir de fiador sin cobrar nada a cambio. Es importante aclarar que las primas son propias de los contratos de seguro y no de los contratos de fianza ⁸ .
6	Vigilancia y supervisión	<p>Las aseguradoras son vigiladas y supervisadas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Su actividad es de interés público, por lo cual debe ser autorizada por el Estado.</p> <p>La Superintendencia Financiera vigila que las aseguradoras realicen un adecuado manejo de los recursos que administran, exigiéndoles estrictos parámetros de solvencia y liquidez patrimonial. Es correcto hablar de «reservas técnicas» o de «reaseguro» como mecanismos de protección del patrimonio o de solvencia cuando estamos frente a un seguro.</p>	<p>Las afianzadoras son vigiladas por la Superintendencia de Sociedades, sin embargo, su actividad no está catalogada como de interés público, por lo cual no requieren autorización del Estado para poder operar ni tienen un régimen de solvencia específico.</p> <p>En ese sentido, no existe claridad sobre el régimen de solvencia y liquidez que les aplica, ni el alcance que ejerce la Superintendencia de Sociedades sobre la actividad financiera de estas empresas.</p> <p>Las afianzadoras no celebran contratos con reaseguradores y se desconocen los mecanismos de distribución de riesgos que utilizan para proteger su patrimonio.</p>
7	Beneficio de excusión	<p>El beneficio de excusión es propio del contrato de fianza. Consiste en la posibilidad en que tiene el fiador, en caso de que el acreedor le exija el cumplimiento de la obligación afianzada, de decirle que primero le cobre al deudor principal.</p> <p>Las aseguradoras no gozan de este beneficio, por esa razón lo cual no tienen inconveniente en «renunciar a él», pese a ello, frecuentemente se les solicita que lo hagan.</p> <p>Quiere decir lo anterior que cuando si ocurre el siniestro y se demuestra la cuantía de la pérdida, la aseguradora está obligada a pagar, sin la posibilidad de decirle al asegurado que cobre primero al deudor principal.</p>	Los fiadores o el contrato de fianza sí gozan del beneficio de excusión, en virtud del cual le pueden decirle al acreedor de la obligación que cobre primero al deudor principal o que haga efectivas otras garantías antes que la fianza.

3. Artículo 1088 del Código de Comercio.
4. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Civil del 21 de septiembre de 2000. M.P.: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO, Rad. 6140: «Para adoptar un criterio sobre el perjuicio que puede haber causado ese siniestro es preciso en primer lugar dejar muy en claro que son dos cosas diferentes la fianza o aval de una parte, y el seguro de cumplimiento, de otra. En los primeros nace para el fiador o el avalista desde el momento del contrato la misma obligación del deudor principal. El acreedor tendrá, pues, pluralidad de deudores y en muchas ocasiones podrá escoger a su arbitrio a cuál de ellos ejecutar, [...] en el segundo, bajo la forma de seguro se puede garantizar el cumplimiento de una obligación, en forma tal de que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento, el asegurador toma a su cargo "hasta por el monto de la suma asegurada, por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación afianzada", como reza textualmente la póliza citada (en este caso la visible a folio C. 1.) A ese texto simplemente una glosa no ha debido emplearse la expresión afianzada 'porque ciertamente el seguro en que se garantiza una obligación, comúnmente denominado SEGURO DE CUMPLIMIENTO, es negocio diferente de la fianza.»
5. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Civil del 15 de agosto de 2008, M.P. PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA «Y, en segundo lugar, que el asunto relativo a su distinción con la fianza bien puede declararse superado, pues en múltiples providencias ha optado por reconocer que son dos modalidades contractuales independientes y que cada uno tiene su propia regulación, por tanto, el primero responderá a su esencia de tal y el afianzamiento por su lado asumirá lo propio (Sent. Cas. 15 de marzo de 1983, posición ratificada en sentencia de 21 de septiembre de 2000).»
6. Artículo 2.2.1.2.3.1.2. del Decreto 1082 de 2015.
7. Superintendencia Financiera de Colombia, Comunicado de Prensa del 6 de octubre de 2016.

➔ La constante confusión entre fianza y seguro de cumplimiento fomenta un escenario de competencia desequilibrada, pues comparten algunos mercados y negocios, pero en condiciones jurídicas, financieras y técnicas inequitativas.

De acuerdo con lo anterior, es necesario que los entes supervisores ahonden en las diferencias existentes entre estos dos conceptos, con el fin de evitar casos como los citados al inicio del texto.

Como se evidencia, la fianza y el seguro de cumplimiento se diferencian tanto de manera teórica como práctica, por lo cual es importante que la confusión de ambas figuras deje de perpetuarse. Una regulación más estricta, así como una supervisión y vigilancia más activa sobre las afianzadoras, promovería un mercado más competitivo, el consumidor financiero tendría acceso a más y mejor información relacionada con ambas figuras, y se establecería un conveniente marco normativo para ambas actividades. 

Bibliografía

Código de Comercio.

Código Civil.

Decreto 1082 de 2015.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación civil, del 21 de septiembre de 2000. M.P.: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Civil del 15 de agosto de 2008, M.P. PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA.

Superintendencia Financiera de Colombia. Comunicado de prensa del 6 de octubre de 2016.

Afianzamiento, una opción para quienes no tienen fiadores: Portafolio. (18 de abril de 2021).

<https://www.portafolio.co/economia/finanzas/afianzamiento-una-opcion-para-quienes-no-tienen-fiadores-551052>.

Agencia Nacional de Infraestructura (ANI). Comunicado a la opinión pública del 29 de septiembre de 2020, Consulta en línea en:

<https://www.mintransporte.gov.co/publicaciones/9014/comunicado-a-la-opinion-publica/>