

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 1 de 13

La fianza y la póliza de cumplimiento, ¿aun sigue la discusión sobre su tratamiento jurídico?

Luz Marina Quiceno*

Juan Carlos Mesa*

Álvaro Andrés Ayala*

Resumen: El presente artículo pretende describir de la manera más detallada posible un problema jurídico relevante y vigente, esto es, analizar los puntos de divergencia y el estado del arte de dos instituciones jurídicas como la fianza y la póliza de cumplimiento, con el firme propósito de generar reflexiones y posturas sobre el tema entre la comunidad académica, y subsidiariamente dotar de seguridad jurídica a los tomadores del seguro de cumplimiento como también a los particulares que utilizan la garantía de la fianza.

Palabras claves: Fianza, póliza de cumplimiento, elementos esenciales, inseguridad jurídica, asegurador, asegurado.

Abstract: This article aims to describe as accurately as possible a legal problem important and valid, namely, analyze the points of divergence and the state of the art of two legal institutions such as the guarantee and assurance of completion, with the firm intention of generating ideas and views on this among the academic community, and secondarily to provide legal certainty to policyholders compliance as well as individuals using the guarantee of the bond.

Key words: Guarantee, assurance of completion, essential elements, legal insecurity, insurer, insured.

* Estudiantes del diplomado en derecho de los seguros de la Institución Universitaria de Envigado. Facultad de Derecho.

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 2 de 13

INTRODUCCIÓN

En la praxis diaria de los actores en el proceso judicial, esto es, Magistrados, Jueces, Abogados, se resuelven todos los días conflictos intersubjetivos de interés, los cuales permiten la materialización de la tutela jurisdiccional efectiva, cuya titularidad ostentan los asociados, así mismo, evitan el advenimiento del anarquismo.

Debido a esto, es menester determinar claramente las leyes, reglas, subreglas, y las interpretaciones que versan sobre un punto de derecho, con mucho más ahínco en aquellos asuntos en los que no existe uniformidad, pues ello conllevaría encontrar decisiones judiciales contradictorias e inverosímiles entre los asociados.

El artículo 13 de la Constitución Política, consagra el derecho a la igualdad ante las autoridades y la ley, éste se encuentra regulado en el título I de dicha compilación, es decir, en la parte axiológica de la carta, por lo que se cataloga como un derecho fundamental e inherente a la persona.

Así las cosas, mal harían los actores judiciales en proceder desde sus competencias desconociendo derechos fundamentales como el anteriormente mencionado, o transgrediendo principios constitucionales a saber la seguridad jurídica.

Pues bien, de consuno con lo anterior, el contrato de seguro, específicamente el amparo de póliza de cumplimiento y la fianza, son dos figuras jurídicas altamente utilizadas en el sistema jurídico

nacional, pero lamentablemente y muy a pesar de las decisiones jurisprudenciales al respecto, siguen generando entre sí mucha ambigüedad a la hora de solicitar su tutela.

1. Diseño metodológico

Debido a que se trata de un problema jurídico como tal, es decir, un planteamiento contextualizado alrededor de las ciencias sociales, se utilizará el método cualitativo de investigación, ya que, éste permitirá explorar las relaciones sociales que se generan en torno a un campo determinado del derecho.

Por lo tanto, se echará mano de los principios propios de dicha metodología, como los son la fenomenología, para evidenciar la relaciones existentes entre el objetivo de la investigación con la ciencia del derecho, la hermenéutica, en pro de entender el espíritu de las normas que regulan lo concerniente al *quid sub examine*, y la interacción social, para verificar que está sucediendo con las decisiones judiciales, tanto las pasadas como las recientes, de igual manera, las decisiones de las altas cortes y de los juzgados singulares, y por supuesto, conocer las posiciones de la doctrinaria aplicable.

El nivel de investigación será eminentemente descriptivo, es decir, se ambientará al lector del proyecto de la mejor manera posible, iniciando por relatar el estado del arte del *busilis*, para luego presentar las relaciones jurídicas existentes

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 3 de 13

en torno a ello, y así finalizar con el consenso predominante en el temario.

Al respecto conviene resaltar, que tal nivel de investigación amerita la recolección de datos, información, y componentes propios de la situación estudiada, por ello, se utilizarán las fuentes secundarias, predominantemente la jurisprudencia y la doctrina especializada.

2. Antecedentes

La fianza es una institución de mucho raigambre jurídico, desde el antiguo testamento encontramos reseñas de ella. Incluso como lo afirma (Cubides, H. 2005, p.1) en Egipto, el pueblo Fenicio, y en el antiguo imperio romano existen indicios de la fianza. Las siete partidas en pleno siglo XIII evidencian también la continua aplicación del referido instrumento, específicamente en la ley 1, título II, partida 5.

Por su parte la póliza de cumplimiento encuentra su vengero en el siglo XVIII, cuando se constituyó en el mercado de Londres la primera entidad aseguradora. Posteriormente en el continente americano, para el año 1851, aparece una compañía que ofrecía productos muy similares al referenciado; y en 1938 llega ésta figura anglosajona al Estado de Colombia.

Ambas figuras, la fianza y la póliza de cumplimiento desde sus orígenes han sido muy utilizadas en el discurrir negocial de los particulares, incluso en el Estado, pues éstas en su

formación no son tan rígidas como las garantías reales y respecto de sus resultados no son menos eficaces que la hipoteca y la prenda.

Debido a lo anterior, y a partir de la expedición de la ley 225 de 1938, se inicia en los estrados judiciales una ambigüedad jurídica referente al trato que se le debería aplicar a la póliza de cumplimiento, pues cuando un asegurado solicitaba al operador judicial la tutela del derecho por parte del asegurador, éste siempre resistía a la pretensión fundamentado en que se debería dar el tratamiento legal de la figura de la fianza.

3. La fianza

La fianza se encuentra regulada en los artículos 2361 a 2408 del Código Civil, dicha compilación la define como:

La fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple.

Por su parte, la Real Academia de la lengua Española delimita el término en este sentido:

Obligación que alguien adquiere de hacer algo a lo que otra persona se ha obligado en caso de que esta no lo haga.

Como se puede observar, las anteriores definiciones, esto es, la legal y la semántica, ambas definen la fianza como una obligación, al

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 4 de 13

respecto se hace menester hacer la aclaración en el sentido de que:

La fianza es un contrato que genera obligación accesoria, la cual garantiza otra principal. (Cardona, G. 2001, Pag. 261.)

La dogmatica del derecho de seguros también ha asumido el estudio de la fianza, resaltando por demás el acierto del legislador al definir esta institución, pues ella permite extraer los elementos generales y especiales de su configuración, así lo manifestó (Galindo, H. 2005, pag.39)

Esta definición se nos hace completa porque expone los caracteres genéricos y diferenciales de este contrato accesorio, ya que, como bien se dice, la fianza consiste en la obligación que contraen una o más personas de cumplir los compromisos estipulados por un tercero.

Lo accesorio de la institución denota o advierte la existencia de una obligación originaria, de la cual pende la génesis, desarrollo y extinción de de la garantía adjunta, así mismo, ésta la accesoria, garantiza el cumplimiento cabal de la obligación de venero.

Otra característica de la institución es su consensualidad, ello por cuanto la ley exige que para que se perfeccione el contrato, bastará con el acuerdo de voluntades referente a las obligaciones principales y derivadas.

4. Póliza de cumplimiento

Se encuentra regulada en la ley 225 de 1938, esta norma indica en el artículo 1 lo siguiente:

El Gobierno procurará que alguna o algunas de las compañías de seguros que funcionan en el país establezcan el seguro **de manejo o de cumplimiento** de que trata la presente ley, y en las concisiones que en ella se fijan; y si ello no fuere posible, procederá a llevar a cabo las gestiones conducentes a la fundación de una sociedad anónima de seguros de manejo o de cumplimiento, en la cual, además de las personas o entidades particulares, podrán ser accionistas la Nación y las entidades de derecho público.

Además el legislador, le dio la finalidad en el art 2:

El seguro de que trata el artículo anterior tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos.

Una buen aporte de la doctrina especializada en el quid sub examine lo encontramos en (Bohórquez, A. 2005, pag.399.)

Mediante este contrato se garantiza o bien el correcto manejo de los recursos que se hayan confiado a un empleado público o privado, o a un contratista, bien el cumplimiento de obligaciones contractuales.

Pero hasta aquí no hemos podido encontrar una definición que nos permita adquirir elementos para poder realizar un análisis dialéctico frente a la institución de la fianza, pues el legislador con la ley 225 de 1938 solo le dio tipicidad al seguro de cumplimiento y una teleología, pero no proporcionó elementos generales y especiales de

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 5 de 13

existencia, como si lo hizo con la fianza, para poder dar tratamiento jurídico correcto a la figura que en poco tiempo adquiriría una importancia trascendental en el discurrir negocial. Cabe resaltar que bien puede atribuirse la ambigüedad objeto de estudio en esta investigación, más que por una mala interpretación de los actores en el proceso, por una desacertada descripción normativa en la ley 225 de 1938.

Con la expedición del Decreto 410 de 1971 que es el mismo Código de Comercio, tampoco se incorporó el desarrollo legislativo esperado sobre el tópico, pues, contrariamente, desdeñó reglar aspectos alusivos a él, además de propiciar debates de reiterada frecuencia, extensivos, inclusive, a escudriñar la vigencia de aquella disposición. Sólo en el artículo 1099 dicho estatuto alude, de manera tangencial, al seguro de cumplimiento pero, circunscrito a la subrogación.

La situación descrita no varió a pesar de la expedición del Decreto 222 de 1983, salvo que al referirse a aspectos anexos a la contratación administrativa, acentuó la tendencia de asimilar el seguro de cumplimiento con las garantías. Sobre el punto consagró que:

Podían las garantías consistir en fianzas de bancos o de compañías de seguros.

Posteriormente, con motivo de la adopción del Decreto 663 de 1993, esto es, el Estatuto del Sistema Financiero, concretamente, en el artículo 203, se mencionó el busilis y en alusión a las garantías exigidas, se dijo:

Objeto del seguro. Dentro de los seguros de manejo o de cumplimiento habrá uno que tendrá por objeto

garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confien a los empleados públicos o a los particulares, a favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos.

La Corte Suprema de Justicia, aportó en torno al fin del seguro de cumplimiento, en este sentido:

Garantizar el cumplimiento de la obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento-o en 'la eventualidad del incumplimiento del deudor', el asegurador toma a su cargo 'hasta por el monto de la suma asegurada, los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación afianzada. (Sentencia de casación de marzo 15 de 1983)

Todo lo anterior, aunado a la doctrina especializada en el derecho de los seguros, permite la extracción de elementos de juicio para poder determinar si aun continúa la discusión sobre el tratamiento jurídico a instituciones como la fianza y la póliza de cumplimiento. Se mencionó la doctrina especializada porque en el libro *el seguro de fianza* (Galindo, H. 2005, pag 40.) aparece una de las primeras definiciones al respecto, véase:

Seguro de fianza, es un contrato por el cual una aseguradora, mediante el cobro de una prima, protege al asegurado contra el incumplimiento de una obligación específica a cargo del deudor principal o del fiado.

5. Discusión

En este segmento se presentaran los elementos que dieron origen al planteamiento del problema,

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 6 de 13

pues lo anteriormente dicho permea muy tangencialmente ello.

El surgimiento del problema es bastante reciente, pero ello no quiere decir que sea novedoso, no, por el contrario es un disenso de vieja data, por ello, precisamente por tener gran sujeción en el tiempo y aun pervivir en la actualidad se encontró una motivación jurídica relevante.

Escudriñando por los pronunciamientos jurisdiccionales de los jueces de la Republica, se encontró la siguiente providencia (sentencia 650 de trece de diciembre de 2011), proferida por el honorable Juzgado Catorce Civil del Circuito de Medellín.

En el mencionado libelo, a grandes rasgos, la entidad ISAGEN S.A. E.S.P, solicitó la indemnización de unos perjuicios sufridos con ocasión de la celebración de un contrato celebrado con GENERAL ELECTRIC INTERNATIONAL INC, la cual posteriormente de manera conjunta sería contratista con PARSONS POWER GROUP por virtud de la figura de la cesión, de la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.

Ejerciendo el derecho de defensa, la compañía de seguros propone entre muchas excepciones la de “LIMITACION DE RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA”, por cuanto entre los contratantes se pactó la asunción únicamente de los perjuicios ocasionados por daño emergente, excluyendo la posibilidad del conocido perjuicio por lucro cesante. Lo que interpretaron como la manifestación de las partes de acordar límites a la responsabilidad subyacente al vínculo jurídico.

Inescindiblemente relacionado con lo anterior, por vía de analogía y de manera muy extraña afirma el resistente lo siguiente:

No cabe duda alguna que **el seguro de cumplimiento constituye una fianza**...y por tratarse de una fianza lo más lógico es que se tome el referente legal que regula esta institución.

A renglón seguido inicia citar las normas relacionadas con la fianza, esto es, los artículos 2361 y siguientes, recalcando el art 2369 relacionado sobre qué:

El fiador no puede obligarse a más de lo que debe el deudor principal, pero puede obligarse a menos.

No cabe duda alguna de que frente al accionado la asiste una evidente ambigüedad sobre dos instituciones independientes y sobre las cuales ya existen pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios al respecto.

La sentencia referida acoge las pretensiones de la parte accionante y solo prospera la excepción de limitación de la responsabilidad, es decir, la excepción otrora analizada y relacionada con la fianza. Pero no refulege por la motivación del abogado contestatario, esto es:

Porque debería dársele el tratamiento de la fianza y en ese sentido el fiador no puede responder a más de lo que debe el deudor principal, esto es, el valor del contrato originario.

Sino porque la codificación de derecho privado da prevalencia al querer de las partes.

Para ahondar en la discusión, además de lo anterior, se hace imprescindible aportar los

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 7 de 13

pronunciamientos y las posiciones doctrinarias que sobre la materia han versado.

De consuno con lo anterior, en (Cardona, G. 2001, pág.261.) se encuentra una clara confusión teórica que enlaza las dos instituciones:

La fianza...Es unilateral, sólo genera obligaciones para el fiador. Si el acreedor paga al fiador una remuneración por el servicio que presta, **estamos en presencia de un contrato de seguro...**

Otros autorizados comentaristas puntualizan que la póliza de cumplimiento sin ser verdadero contrato de seguros, suelen estipularse para garantizar que serán resarcidos al acreedor de una obligación no directamente dineraria” (Broseta, M. 1978, pág. 517.).

El extinto tratadista nacional J Efrén Ossa en su obra *Teoría general del seguro. El contrato*, al respecto puntualizó que se trata:

De un seguro que, por su estructura y por su función, participa de la naturaleza de la fianza. Uno y otra están destinados a caucionar el cumplimiento de una obligación. En el seguro, como en la fianza, intervienen un acreedor (el asegurado) interesado en la garantía de su derecho, un fiador (el asegurador) que otorga la garantía y un deudor (el contratista) cuya obligación se garantiza. (Ossa, J. 1991, pág. 474).

Por su parte, en (Galindo, H. 2005, pág. 3) refulgen mas posiciones referentes a la inexactitud planteada:

No existe uniformidad acerca de la denominación dada a esta clase de cubiertas, otorgadas por compañías aseguradoras, por lo que **unos dicen que se trata de una fianza, otros de un seguro y otros sostienen que simplemente es un seguro de manejo y**

cumplimiento, tal como fue bautizado por la ley 225 de 1938.

Incluso en el libro *Vicisitudes del Seguro de Cumplimiento*, cuya creación es de la jurista Carmenza Mejía, se recaba en la discusión:

El seguro de cumplimiento es un contrato legalmente denominado como tal, al que sin embargo no se le aplican las normas del contrato de seguro; que se expide como fianza a la que tampoco se la aplican las normas de la fianza... (Mejía, C. Tomo II .pág.1039)

6. Estado del Arte jurídico

En virtud de la evidente confusión que suscitaron ambas figuras, la jurisprudencia decantó el tema y en varias oportunidades puntualizó lo siguiente:

En primer lugar, que la aludida disposición (Ley 225 de 1938) conserva plena vigencia, no obstante la expedición del Código de Comercio, porque es éste:

El que da cuenta de su existencia cuando a él hace expresa alusión en el artículo 1099; alusión que, por lo demás, es la respuesta consciente a la idea que siempre acompañó a los autores de la codificación quienes jamás perdieron de mira esa tipología de contrato, cual lo revelan sin ambages las correspondientes actas de la comisión revisora, cumplidamente en los pasajes que fueron dedicados a auscultar las secuelas que se desgajan cuando el tomador del seguro es un tercero. (Sentencias de casación de 2 de mayo de 2002 y 24 de julio de 2006).

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 8 de 13

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 (Sentencia de Casación de 15 de marzo de 1983, posición ratificada en sentencia de 21 de septiembre de 2000).

No obstante ser las cosas de ese modo, ello no significa que deba desdibujarse su función económico social, esto es, la de servir de garantía del cumplimiento de obligaciones ajenas:

Esta especie de contrato, que es una variante de los seguros de daños, ha dicho la Sala, tiene por objeto servir de garantía a los acreedores de obligaciones que tengan venero en el contrato o en la ley, acerca de su cumplimiento por parte del obligado. Por virtud de él la parte aseguradora, mediante el pago de una prima, ampara al asegurado (acreedor) contra el incumplimiento de obligaciones de la estirpe señalada. En él, bajo la forma de seguro, se garantiza ‘... el cumplimiento de una obligación, en forma tal 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’ amparada. (C.S.J., Sent. del 15 de marzo de 1983).

Es tan particular este contrato de seguro que la misma Corte Suprema en tal sentido ha dicho lo siguiente:

Y, precisamente, por esa misma razón, vale decir, a partir de resaltar su singularidad, pero también, su particular semejanza con las cauciones, en fallo precedente había puntualizado esta Corporación que aun cuando en el seguro en general es admisible que las partes puedan ponerle término en forma unilateral; “excepcionalmente hay seguros que rechazan tal idea, entre los que destaca el de cumplimiento que aquí se analiza, toda vez que la especialidad del riesgo objeto de cobertura, cual es, íterase, garantizar el cumplimiento de una obligación, repudia por puro sentido común la posibilidad de que las partes lo ultimen de tal modo. Nótase, analógicamente, cómo en punto de contratación administrativa ya fue explícita la ley 80 de 1993, al señalar que tales pólizas no expiran “por revocación unilateral. (Sent. Cas. 2 de mayo de 2002, Exp. 6785).

Más exactamente: que en el trasfondo, concertar un acuerdo alrededor de un contrato de seguro de cumplimiento, respecto a cualquier clase de obligación o regla de conducta, implica nada más ni nada menos que activar una garantía, es lograr que una entidad que ejerce profesionalmente la actividad aseguradora, caucione, aunque por cuenta propia, el proceder del afianzado y ante la eventualidad de que este no cumpla la obligación adquirida, aquella concurra a proveer sobre los efectos nocivos del incumplimiento, ora del proceder díscolo del deudor. Deviene, entonces, en ese concreto contexto, que la obligación del asegurador es el mecanismo del que se vale el acreedor para obtener la seguridad (garantía o caución) de quien concurrió a respaldar al deudor de que su patrimonio sobrevendrá indemne.

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 9 de 13

Desde la óptica de otra de las fuentes del derecho, a saber la doctrina, el profesor Galindo, al referirse al seguro de cumplimiento como *seguro de fianza*, afirma que éste tiene sus caracteres propios y su autonomía como ente jurídico. Recordar en el segmento de la póliza de cumplimiento que es de éste profesor de quien se extrae una definición teórica, y además realiza una seria y detallada caracterización de dicho instrumento.

7. Diferencias

Concerniente a las diferencias, usualmente se las siguientes: a) la fianza puede ser gratuita u onerosa, mientras que el seguro es, siempre, oneroso, b) la aseguradora asume obligación propia, en cambio, la fianza involucra una obligación ajena, c) en el contrato de seguro, la aseguradora, frente al siniestro, bien puede optar por cancelar la indemnización o reponer la pérdida sufrida por el asegurado, mientras que en la fianza el fiador siempre debe satisfacer la obligación debida, d) en la fianza existe el beneficio de excusión, mientras que el contrato de seguro no brinda esa prerrogativa al asegurador, e) la fianza la puede extender, regularmente, cualquier persona, en cambio, el seguro debe expedirse por una entidad especializada como es una aseguradora, f) las empresas aseguradoras, cualquier ramo en que operen, incluido, desde luego, el de cumplimiento, están bajo la vigilancia

de la autoridad competente, amén de que controlan el producto mismo en cuanto a sus condiciones generales y especiales; cosa diferente sucede en los contratos de fianza que no tienen, en línea de principio, control alguno, ni previo ni posterior, g) no existe la posibilidad que el acreedor o afianzado, reclame la sustitución o cambio del asegurador (afianzador), ante una eventual insolvencia; y, h) el asegurador, ante el pago de la indemnización, a pesar de la subrogación que opera, no puede pretender que el responsable del daño le reconozca perjuicios, como sí acontece con el fiador.

7.1 Características fianza

Consensual, puesto que se perfecciona con el mero acuerdo de voluntades.

Unilateral; porque solo genera obligaciones para el fiador, no obstante, cuando la fianza es remunerada, se convierte en bilateral, es decir, se generan obligaciones recíprocas.

Accesorio; debido a que su génesis depende de la perfección de un contrato principal.

Conmutativo; por ello, de que los contratantes conocen ab initio el resultado de sus prestaciones.

7.2 Características póliza de cumplimiento

Solemne; ya que, si bien es cierto el Código de Comercio lo cataloga como consensual, las pólizas expedidas por las compañías aseguradoras deben cumplir unos requisitos. Además el mismo

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 10 de 13

artículo 1036 ibidem, a renglón seguido dice que el contrato de seguro se perfecciona desde que el asegurador suscribe la póliza.

Bilateral; en tal sentido, no se refiera a otra interpretación que la de adquirir obligaciones recíprocas. El asegurado pagar el coste, y el asegurador cumplir las obligaciones no ejecutadas por el asegurado.

Aleatorio; pues sus prestaciones están sometidas al albur.

De tracto sucesivo; a causa de que el cumplimiento de las obligaciones requiere de lapsos o intervalos de tiempo.

Oneroso; siempre es menester pagar un precio por la obligación afianzada.

Al igual que la fianza es un contrato accesorio.

7.3 Diferencias entre fianza y afianzamiento

La fianza es una institución jurídica autónoma, que goza de tipicidad y desarrollo legal, que consiste en una obligación que alguien adquiere de hacer algo a lo que otra persona se ha obligado en caso de que esta no lo haga, en síntesis, es una de las varias formas de afianzar el cumplimiento de obligaciones ajenas.

Por su parte el afianzamiento es dar fianza por alguien para seguridad o resguardo de intereses o caudales, o del cumplimiento de alguna obligación. Es el término genérico que comprende instituciones como la fianza y el seguro de cumplimiento

8. Semejanzas

Con respecto a las similitudes, se tiene que: a) ambos contratos constituyen cauciones de tipo personal, b) los dos contratos, tienden a precaver los efectos nocivos en el patrimonio del asegurado o afianzado, como consecuencia de un hecho futuro e incierto, c) son accesorios, circunstancia por la cual, su existencia, depende de una obligación principal cuyo cumplimiento garantizan, d) en ninguno de los dos contratos, el asegurador y el fiador, pueden obligarse a más de lo que se comprometió el deudor o de lo que expresamente hayan convenido.

9. Seguro de fianza

Después de analizar las dos instituciones en cuestión, vale la pena resaltar el término *seguro de fianza*, pues se compone de los dos elementos referidos, la fianza y el seguro.

Como ya se evidenció, a pesar de su incuestionable paridad, no son figuras análogas, al contrario, lo que descarta de tajo la jurisprudencia y la doctrina es la posible uniformidad, pues una y otra tienen diferencias esenciales y por ese motivo deben tener distinto tratamiento jurídico.

Sin embargo, autores como (Galindo, H. pag.40.) consideran que la póliza de cumplimiento debería tener la nominación de *seguro de fianza*, puesto que no se identifica con el nombre *seguro de*

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 11 de 13

cumplimiento, ya que el termino *cumplimiento* tiene muchas acepciones, mismas que se limitan con el termino *fianza*.

10. Conclusiones

De consuno con lo anterior, refulge entre la comunidad en general el uso de las instituciones estudiadas, sin embargo, son todos los actores del proceso y la comunidad académica los llamados a debatir, discernir y encontrar puntos de confluencia respecto de los asuntos que dan óbice a interpretaciones ambiguas, por ello, en el presente trabajo se puede concluir lo siguiente:

Es una discusión de antaño en el sistema jurídico nacional, pues desde que la ley creó el seguro de cumplimiento, en el año de 1938, su uso ha sido frecuente en el discurrir negocial, sin embargo, en la actualidad aún perviven vestigios de aquel debate, pues muchos de los actores del proceso desconocen los elementos diferenciadores, los pronunciamientos judiciales, y las posiciones doctrinales la respecto.

Una de las posibles causas de dicha ambigüedad jurídica tiene su origen con la promulgación de la ley 225 de 1938, pues ésta, solo trajo consigo la creación de una figura jurídica novedosa y una finalidad, pero en nada tocaron sus artículos con su perfeccionamiento, características y desarrollo legal.

También, su innegable condición de garantías personales, una proveniente de la cultura occidental, la fianza y otra de la cultura anglosajona, la póliza de cumplimiento, compartiendo un ordenamiento jurídico, dieron cabida al *quid sub examine*.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ya ha decantado el tema, y en reiteradas oportunidades ha dicho que son dos instituciones autónomas e independientes, ambas con plena vigencia en la codificación legal del Estado, con regulación especial propia y con características inmanentes que las diferencian.

En este sentido, la fianza se caracteriza por ser una obligación gratuita, no obstante, la ley también permite la contratación con fiador oneroso, pero lo más relevante es que la póliza de cumplimiento siempre va a ser un negocio jurídico oneroso.

Debido a lo anterior, esto es, a la onerosidad de la póliza de cumplimiento, en el contrato de cumplimiento la aseguradora adquiere una obligación propia, a diferencia de la fianza donde sin importar el fin económico siempre avala una obligación ajena.

Cuando se materializa la garantía, en el sentido de que se debe responder por la obligación, bien propia (asegurador), bien ajena (fiador), el primero tiene la opción de reponer la pérdida sufrida por el garantizado y la de dejarlo indemne, contrario sensu, el fiador siempre deberá satisfacer la obligación principal.

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 12 de 13

No obstante lo anterior, si bien es cierto el fiador debe responder por la obligación principal, tiene un beneficio legal conocido como la excusión, en virtud del cual puede solicitar al acreedor de la obligación buscar la satisfacción de la misma en el deudor antes que en él.

En la póliza de cumplimiento, el garante de la obligación tiene la exigencia legal de ser un sujeto calificado, pues la ley exige a estas entidades unos requisitos para su conformación, a contraste con el fiador, pues la ley no hace exigencias específicas.

De consuno con lo anterior, si la ley exige cualidades en una persona jurídica como es el caso de los aseguradores, es porque le interesa su actividad, y de contera vigila y audita sus actuaciones, gravamen que no sucede con el fiador.

Si el fiador entra en estado de insolvencia, el acreedor puede solicitar al deudor relevo de su garantía personal, cosa que no sucede cuando el

garante de la obligación es una entidad aseguradora, pues si esta entra en insolvencia, es el Estado quien debe interferir.

En el seguro de cumplimiento el garante se puede subrogar los derechos del asegurado pero frente a terceros ajenos a la relación jurídica inicial, en tanto el fiador se puede subrogarse los derechos del acreedor frente al deudor.

La fianza se encuentra regulada en el Código Civil de 1887, está ubicada su regulación en los artículos 2361 y siguientes, el legislador fue muy detallista frente a ésta institución pues consagró todas las posibles variables, esto es, constitución, clases, límites, derechos, entre otros.

La póliza de cumplimiento se encuentra regulada en varias leyes de la República, la primera en la ley 225 de 1938, después encontramos legislación en el Código de Comercio y finalmente en el Estatuto Orgánico Financiero.

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 13 de 13

Referencias

López, D. (2009). *El derecho de los jueces*. Bogotá. Editorial Legis, Universidad de los Andes.

Ospina, G. (2008). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá. Editorial Temis.

Galindo, H. (2005). *El seguro de fianza*. Bogotá. Editorial Legis.

Bohórquez, A. (2004). *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano*. Vol. 2 y 3. Bogotá. Ediciones doctrina y ley.

Cardona, G. (2001). *Contratos civiles*. Bogotá. Ediciones doctrina y ley.

Ossa, E. (1984). *Teoría general del seguro*. Bogotá. Editorial Temis.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Ref. 11001 31 03 016 1994 03216 01.

Corte Suprema de Justicia. Sala casación civil. 7 de mayo de 2002. Exp. 6181.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. 2 de mayo de 2002. Exp. 6785.