



## LA REPOSICIÓN DEL BIEN ASEGURADO COMO FORMA DE INDEMNIZACIÓN, EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Juan José Díaz Guevara \*

---

### I. Planteamiento del problema:

La mayoría de las actividades humanas, están sometidos a un elemento de incertidumbre. Las consecuencias del futuro desconocido pueden ser de variada índole, pero una de ellas es, indudablemente, de naturaleza económica. El hombre ha intentado protegerse de éstos sucesos, fortuitos e inesperados de muy diversas maneras, y uno de los medios de los que se ha valido, ha sido la invención del contrato de seguro o, lo que es lo mismo acordando con otra persona que las consecuencias económicas negativas, que para él tienen los sucesos inesperados, sean soportados por ella<sup>1</sup>. A éste ámbito de incertidumbre, también están afectas las contrataciones Públicas, es decir las ligaciones contractuales en donde el estado adquiere bienes y o servicios por parte de terceros particulares.

Generalmente, en la doctrina mercantil y bursátil, concebido está que “atendiendo la forma que debe repararse el daño sobrevenido, el seguro puede ser de *indemnización objetiva* (en este caso se determina la cobertura del daño con arreglo a una valoración concreta, previamente acordada, que está basada en el valor real de la cosa dañada) y *de indemnización subjetiva* (al ser imposible la valorización del daño, piénsese en el seguro de vida, su cobertura se fija determinando la indemnización con arreglo a una estimación subjetiva por parte de quien pretende cubrirse del daño económico sobrevenido”<sup>2</sup>

Así, según Efrén Ossa, “la suma asegurada es el límite máximo de la obligación del asegurador en toda clase de seguros, y medida, en los reales, de la suficiencia

---

\* Magíster – Consultor Jurídico –  
Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Público  
[jjdiazguevara@hotmail.com](mailto:jjdiazguevara@hotmail.com), [jdiaz@mtc.gob.pe](mailto:jdiaz@mtc.gob.pe)  
Perú.

<sup>1</sup> RUIZ DE VELASCO, Adolfo: “MANUAL DE DERECHO MERCANTIL” 3ra Edición. Madrid. 2007. Pág. 862

<sup>2</sup> RUIZ DE VELASCO, Adolfo: Ob. Cit. PP. 863-864

del seguro en caso de siniestro”<sup>3</sup>; en tal sentido la indicación de la suma asegurada constituye un elemento esencial del contrato de seguro.

Así, el aún vigente y vetusto Código de Comercio (15/02/1902)<sup>4</sup>, establece en su artículo 378 que la póliza del contrato de seguro **deberá** contener “*la suma en que se valúen los objetos del seguro, descomponiéndola en sumas parciales, según las diferentes clases de objeto*”. En el mismo sentido el Reglamento de Pólizas de Seguro aprobado mediante Resolución de la Superintendencia de Banca y Seguros N° 1420-2005 prescribe que “las pólizas de seguro, **deben** contener, por lo menos: ... suma asegurada o modo de determinarla”

No obstante la actual posición doctrinaria; y lo señalado en el párrafo anterior, el Código de Comercio adicionalmente establece que **el asegurado optará**, dentro de los diez días fijados en el artículo 404 de dicho corpus iuris, **entre indemnizar el siniestro, o reparar, reedificar o remplazar**, según su género o especies, en todo o en parte, los objetos asegurados y destruidos. Como se puede apreciar, el Código de Comercio Peruano difiere de las concepciones doctrinarias, esbozadas, posibilitando como modo de resarcir el daño imprevisto además de la indemnización; la reparación, reedificación o el remplazo (entiéndase reposición) del bien y/u obra asegurada.

Ante ello, se está haciendo de aplicación en entidades públicas, la inserción de cláusulas contractuales establecidas en las bases administrativas de procesos de contratación estatal, relacionadas al servicio de seguro; contemplándose que la entidad pública (asegurado) elija el modo de cobertura de daño (indemnización en dinero o en especie) o no reservándose ésta potestad, generalmente se establece que el modo de cobertura de daño además de la indemnización pecuniaria, puede ser la reparación, reposición o reconstrucción del bien asegurado.

A razón de lo comentado, determinado sector viene preconizando, que, la inserción de éstas cláusulas en los proceso licitatorios del estado, constituye una desnaturalización del contrato de seguros, en el extremo de que se vulnera quien tiene la prerrogativa de elegir el modo de indemnización y que por un lado la indemnización en especie conlleva a responsabilidades adicionales diferentes a aquellas que asume la empresa aseguradora de manera primigenia y por otro lado, la reposición de bienes debe efectuarse con bienes de iguales características a los siniestrados y no distintos, aspecto que está condicionado a la disponibilidad del mercado, caso contrario por ésta vía se podría obligar a la empresa aseguradora a proveer bienes distintos sin la realización de un proceso de selección previa, pudiéndose generar responsabilidades contra el contratista.

## II. Análisis:

La *Interpretación* jurídica por excelencia es la que pretende descubrir para sí mismo (comprender) o para los demás (revelar) el verdadero pensamiento del

---

<sup>3</sup> EFREN OSSA, Julián: “TEORÍA GENERAL DEL SEGURO”. Editorial Temis. Bogotá 1984. Pág. 132

<sup>4</sup> Según Beaumont Callirgos, Ricardo (Perú) en *Regulación de la Letra de Cambio en la Nueva Ley de Títulos Valores: Innovaciones Destacables, respecto del Código de comercio*, es por todos conocido que fue copia del Código de Comercio Español de 1885, excepto en dos cosas, na, en lo tocante a la Letra de Cambio que remedió al Código Italiano pues traía una regulación más moderna, la de la escuela germana, apartada del cambio trayecticio y del giro de letras de cambio de una plaza comercial; y dos, en lo referente al Contrato de Cuenta Corriente mercantil y a la temática de los rematadores y martilleros, que aprovechó para copiarle al Código Argentino.

legislador o explicar el sentido de una disposición<sup>5</sup>. Este proceso, constituye un aspecto responsable de todo funcionario y/o servidor público, afecto al manejo del patrimonio estatal.

Bajo el problema planteado, en primer plano es de observancia la Ley de Contrataciones del Estado cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante la Ley) y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante Reglamento).

No obstante, el supuesto de hecho analizado, constituye un vacío normativo dentro de sus extremos; en tal sentido, es de aplicación, según el artículo 29 de la Ley, los principios y normas de derecho público que le sean aplicables<sup>6</sup>, vía interpretación extensiva de la norma, es decir sobre la que “se da cuando los términos de la ley expresan menos de lo que el legislador quiso decir, y se trata de averiguar cuáles son los verdaderos alcances de su pensamiento. Más que extensiva es esta interpretación ‘integrativa’ puesto que su objeto es referir la norma no a casos nuevos sino a aquellos que contiene virtualmente, porque si así no fuera no sería interpretación sino creación”<sup>7</sup>

Si bien es cierto, dentro del derecho administrativo es de legal aplicación la interpretación restrictiva<sup>8</sup>, la ambigüedad de la norma nos exige concordar de mejor manera, tanto la Ley, como las directivas especiales sobre el rubro, principios, entre otros.

### **1. De la aplicación supletoria de normas de Derecho Público.**

Ante éste vacío, dentro de una adecuada asignación del gasto público, es de observancia inmediata las disposiciones presupuestales relacionadas a los ingresos que se obtengan por ejecución de contratos de seguro en los cuales el estado es parte.

Sobre el particular, mediante *Resolución Directoral N° 043-2009-EF-76.01*, se aprobó la Directiva N° 005-2009-EF/76.01 “Directiva para la Ejecución Presupuestaria”, cuerpo normativo que tiene por objetivo establecer las pautas y procedimientos generales orientados a que los pliegos del Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales efectúen la ejecución de sus presupuestos institucionales en el año fiscal respectivo, en el marco del Sistema Nacional de Presupuesto y las Leyes de Presupuesto del Sector Público que aprueba el Congreso de la República.

---

<sup>5</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”. Editorial Heliasta. Vigésimo tercera edición, 1994. Buenos Aires – Argentina. Tomo IV. Pág. 472

<sup>6</sup> La Ley anterior (DS N° 083-2004-PCM), establecía que en este caso se observarían las normas generales de procedimientos administrativos y las del derecho común.

<sup>7</sup> ALZAMORA VALDEZ, Mario: “Introducción a la Ciencia del Derecho”. Tipografía Sesator. Octava Edición, 1982. Lima – Perú. Pág. 261

<sup>8</sup> Según Alberto Trabucchi, “la interpretación restrictiva se dará cuando la interpretación lógica restrinja el significado propio de la expresión usada por la ley” Léase TRABUCCHI, Alberto: “Instituciones de Derecho Civil”. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Primera Edición, 1967. Madrid – España. Pág. 49

Esta norma de Derecho Público, en lo referente a ingresos dinerarios por indemnización o liquidación de seguros, ejecución de garantías y similares; establece que “ los ingresos que se obtengan por indemnización o liquidación de seguros, ejecución de garantías o cláusulas penales y análogas a proveedores, contratistas y similares con arreglo a la norma legal respectiva, multas y derecho de participación en procesos de selección a que se contrae el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, se registran financieramente en la Fuente de Financiamiento “Recursos Directamente Recaudados”, pudiéndose incorporar en el presupuesto institucional de la entidad, prioritariamente, en las metas presupuestarias relacionadas a las acciones por las cuales se originaron dichos ingresos, así como a financiar la creación o modificación de metas presupuestarias de la entidad, que requieran mayor financiamiento. En el caso de las indemnizaciones deben orientarse a la recuperación y/o reposición de los bienes siniestrados, así como al mantenimiento y conservación de los bienes”. Cabe acotar, que dicha disposición no alcanza a los procesos ni a la ejecución de contratos de privatizaciones o concesiones, los mismos que se regulan por las normas de la materia.<sup>9</sup>

Como se puede apreciar, la norma de aplicación supletoria establece la legalidad de contemplar en las bases administrativas como modo indemnizatorio la recuperación y/o reposición de los bienes siniestrados.

## **2. De los principios generales de la contratación pública.**

Sin embargo, lo anterior conlleva a formularnos ¿Quién se encarga de orientar tales recursos a los fines indicados? ¿Cuál sería el tracto administrativo previo, entendiendo la formalidad de los actos de contratación pública?

Es acá donde la dogmática jurídica saca lustre a la razón de ser de los principios generales que rigen todo ordenamiento legal. Estos principios, establecidos en el Artículo 4 de la Ley, servirán también de criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la presente norma y su Reglamento y como parámetros para la actuación de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones; conforme lo establece el dispositivo acotado.

Dentro de estos principios, para la situación materia de análisis, tanto el principio de eficiencia y como el de vigencia tecnológica, resultan importantemente medulares.

---

<sup>9</sup> Sobre el particular, existe un sistema jurídico propio para el régimen de concesiones en el Perú, materializado en dispositivos tales como: - Constitución Política de 1993 que fomenta la inversión privada. - Decreto Legislativo N° 662 (que regula el régimen de Estabilidad Jurídica a la Inversión Extranjera); - Decreto Legislativo N° 757, (Ley Marco de Promoción a la Inversión Privada); ambos cuerpos jurídicos garantizan la libre iniciativa y las inversiones en todos los sectores de la actividad económica del país. -Decreto Legislativo N° 758, que establece el régimen de promoción de la inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 189-96-PCM. Con el propósito de precisar, aclarar y profundizar los mecanismos de promoción de la inversión privada, el DL N° 758 fue complementado en 1996, con el Decreto Legislativo 839 que establece que los inversionistas pueden recibir en concesión las obras de infraestructura y/o servicios públicos convenidos, a cambio de su explotación por un período específico. - Decreto Supremo N° 59-96 PCM y su Reglamento, Decreto Supremo N° 60-96-PCM, que unifican las principales características del marco legal y reglamentario del sistema de concesiones en el Texto Único Ordenado de las Normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado las obras públicas de infraestructura y de servicios. - Ley N° 26885, Ley de Incentivos a las Concesiones de Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos, que establece la posibilidad de hipotecar la concesión; entre otros.

Efectivamente; mientras que por el **Principio de Eficiencia**, las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles observándose criterios de celeridad, economía y eficacia; por el **Principio de Vigencia Tecnológica**, los mismos deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos, desde el mismo momento en que son contratados, y por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.

Bajo éstos principios y considerando la naturaleza del contrato de seguro tiende a aliviar el riesgo de las consecuencias económicas derivadas de un desastre en contra del Estado, de manera inmediata, en pro del bienestar público, si cabría la posibilidad que de manera directa la empresa aseguradora contrate la reparación y/o reposición del bien siniestrado, por lo que sería recomendable que dicha prerrogativa sea establecida en las bases administrativas.

Ello, evitaría, pasos engorrosos, como por ejemplo:

- Transferencia de Indemnización a la Dirección Nacional de Tesoro Público como RDR.
- Tener que realizar otro proceso de selección para la reparación, reconstrucción o reposición del bien siniestrado (esta situación sería descabellada entendiéndose de que ya hubo un proceso previo en donde se seleccionó al proveedor de bienes y subsecuentemente el producto)

Lógicamente, ésta prerrogativa tendría límites específicos. Así, no se podría contemplar que en estos casos:

- La entidad pueda solicitar el producto de la indemnización para adquirir bienes de distinto tipo tanto en aspectos cualitativos, como cuantitativos.
- La entidad pueda exigir a la empresa aseguradora comprar el bien a un proveedor específico, ya que sería lesionar su derecho constitucional de libertad contractual y de contratar.

Resulta si de vital importancia, recomendar que:

- Las entidades públicas respecto de éstos seguros, opten en todos los casos por contratar un seguro por el valor total del bien a asegurar, y no un infraseguro, es decir por un valor menor al precio total del mismo, ya que de producirse este último, la empresa aseguradora solo responderá por el monto parcial bajo el cual se comprometió, ya que su responsabilidad solo alcanza parte del bien y no su totalidad. Ésta situación obligaría a la entidad a aportar la diferencia, lo cual le exigiría en mucho de los casos tramitar presupuestos adicionales suplementarios, y otros trámites que solo traerán consigo una consecuencia: la demora de entrega del bien y subsecuentemente la lesión al interés público.

- Se establezca una correcta, estratégica y actualizada valorización de los bienes de dominio privado del Estado<sup>10</sup>, para el caso de pólizas sujetas a Cláusula de valor convenido<sup>11</sup>.
- 3. De la Libertad contractual y de contratar como parte de la autonomía de la voluntad en los contratos estatales:**

El Artículo 2 de la Constitución Política del Estado norma normarum de nuestro ordenamiento legal, establece como derecho de la persona a “contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”, adicionalmente su Artículo 62, garantiza tanto la libertad de contratar como la contractual, por ende reafirma el principio de autonomía de la voluntad de las partes inmersas en un contrato; correlacionalmente el artículo 1354 del Código Civil consagra éste principio al establecer que: “*las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la ley*”, en tal sentido si el contrato administrativo es la excepción a la regla de voluntad unilateral del estado, también está dentro de su alcance, lógicamente en razón del vacío fáctico de la Ley que es materia del presente análisis.

Hacemos referencia a éstos preceptos constitucionales, toda vez que el propio tribunal constitucional ha determinado como ***Precedente Constitucional Vinculante***<sup>12</sup>, el respeto a sus lineamientos en todas las sedes, incluida la administrativa. Así mediante sentencia de fecha 14/11/2005 obrante en el expediente N.º 3741-2004-AA/TC, ha establecido lo siguiente:

- Se debe...verificar si los actos de la administración pública, que tienen como sustento una ley, son conformes los valores superiores, los

---

<sup>10</sup> Según el DS N° 007-2008-VIVIENDA Reglamento de la Ley N° 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, Bienes de dominio privado del Estado, son aquellos bienes estatales que siendo de propiedad del Estado o de alguna entidad, no están destinados al uso público ni afectados a algún servicio público, y respecto de los cuales sus titulares ejercen el derecho de propiedad con todos sus atributos.

<sup>11</sup> En los contratos de seguro, aquella en virtud de la cual se asigna al bien asegurado un valor convenido por las partes en el momento de la celebración o por acto posterior pero siempre antes a la producción del siniestro, de tal modo que el mismo o estimado será el módulo al que se acomodará el importe de la indemnización excluyendo la aplicación de la regla proporcional. Ejemplos típicos de aplicación de ésta la cláusula son las pólizas concertadas sobre obras de arte u objetos de interés histórico artístico de valor incalculable, cuya valoración real es de difícil, cuando no de imposible determinación, por lo que se estará en la fijación de la indemnización al valor que de común acuerdo asegurador y tomador hubieran consignado en la póliza. (En línea Revista del Instituto Superior de Técnicas Bancarias 2010)

<sup>12</sup> El Precedente Constitucional Vinculante, es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. El Precedente Constitucional Vinculante tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizadas como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos. Fuente: EXP. N.º 0024-2003-AI/TC.

principios constitucionales y los derechos fundamentales que la Constitución consagra.

- La legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución. Esta vinculación de la administración a la Constitución se aprecia en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual, si bien formalmente ha sido denominado por la propia Ley como «Principio de legalidad», en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que «as autoridades administrativas deben actuar *con respeto a la Constitución*, la ley y al derecho.
- Una interpretación positivista y formal en ese sentido no solo supone el desconocimiento de determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, que ha establecido el Tribunal Constitucional en tanto que supremo intérprete de la Constitución; sino también daría lugar a una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución.

Como ya hemos demostrado, es lícito convenir como medio de indemnización la reposición de un bien siniestrado en función a normas presupuestarias públicas ya descritas, pues es responsabilidad de la entidad tener en cuenta las disposiciones contenidas en la “Directiva para la Ejecución Presupuestaria” en la formulación de las bases administrativas, por ende en lo que respecta a seguros.

Así queda demostrar si se puede establecer dentro de un contrato de seguro la potestad del asegurado (en este caso la entidad) para elegir si la indemnización se paga en dinero o bajo la forma de reposición del bien. Sobre el particular, el Código de Comercio es claro al otorgar tal potestad al asegurador (empresa aseguradora), sin embargo ceñirnos literalmente a esto es contravenir el Precedente Constitucional Vinculante señalado anteriormente.

En este punto es necesario precisar que el Organismo Superior de Contrataciones Estatales – OSCE (PRONUNCIAMIENTO N° 059-2010/DTN), en relación a la naturaleza del Código de Comercio, ha establecido que “no constituye una norma imperativa de orden público, por lo que se trata de una norma que admite pacto en contrario, es decir las partes podrían pactar condiciones diferentes a las contempladas en ella. Adicionalmente, debe tenerse presente que, de acuerdo con el artículo 1162 del Código Civil, cuando las obligaciones puedan ser cumplidas mediante prestaciones distintas, la elevación de dicha prestación le corresponde al deudor (el asegurador), siempre que no se haya atribuido esa facultad al acreedor (la entidad) o a un tercero”<sup>13</sup>, asimismo el artículo 1354 del citado dispositivo legal prescribe que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

---

<sup>13</sup> OSCE: Pronunciamiento N° 059-2010/DTN de fecha 18/02/2010

Como podemos apreciar, el ente rector de las contrataciones estatales, ya ha emitido una posición respecto del rubro, por tanto de acuerdo al artículo 58 del Reglamento éste constituye precedente administrativo de observancia obligatoria, el cual estaría dentro de nuestra óptica, en la posición asumido por el Tribunal constitucional descrito con anterioridad.

Por otro lado la posibilidad de que la entidad (estado) sea quien exija el modo de indemnizatorio, se justifica en cuestiones doctrinarias; así “si bien es cierto que el principio de legalidad manda que el ESTADO solo puede actuar mediante la habilitación (autorización) de rango constitucional o de una ley emanada por el poder legislativo; también, lo es que el estado, como cualquier persona del ordenamiento jurídico, está FACULTADA para NEGOCIAR mediante contratos típicos y atípicos; nominados e innominados. La capacidad de contratación mediante contratos típicos y atípicos, nominados e innominados, paso del derecho civil al del contrato administrativo, con las adaptaciones del caso, requeridas por el uso de fondos públicos”<sup>14</sup>. Ésta facultad está legitimada en el caso peruano en los artículos constitucionales acotados.

Sobre el particular, la sala constitucional española en su voto 998-98 afirmó que “la utilización de figuras contractuales no reguladas en forma expresa en el orden jurídico administrativo, no resulta contrario al orden constitucional, por cuanto se reconoce al estado, tanto la capacidad de derecho público como derecho privado...el que permite concebir al estado actuando dentro de las líneas modernas de contratación...ello evita limitar la capacidad contractual del estado”, dicha sentencia agrega que lo contrario “sería amarrar a la administración en su propio perjuicio y desde luego en detrimento de la satisfacción del interés público”<sup>15</sup>; en tal sentido no es novedad que la entidad como asegurado de un contrato de seguro, pueda negociar (en pro de garantizar el bienestar público) la potestad de elegir el modo de indemnización como pago o reposición del bien; es más que todo la ratificación de esa potestad negocial que tiene el estado.

Este extremo resolutivo, es compartido por CASSAGNE, quien señala que “de este modo, el panorama que ofrece la contratación pública, resulta tan complejo como variado, siendo difícil concebir un régimen jurídico unitario que agrupe o contenga todas las formas contractuales a las que acude el estado para alcanzar sus fines. Ello no quita que la categoría principal en el campo de la contratación pública,...siga siendo la figura del contrato administrativo, sin dejar de reconocer otras especies contractuales,...Esto acontece con los contratos excluidos del régimen general, como son los contratos celebrados con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos de esos organismos, así como los comprendidos en operaciones de crédito público”<sup>16</sup>. El jurista argentino agrega “la administración y los demás órganos del estado en ejercicio de la función materialmente administrativa, puede vincularse contractualmente a través de otras figuras como contratos regidos por el derecho privado..Las actuales tendencias que exhibe la evolución de la concepción de contrato en

---

<sup>14</sup> ROMERO PEREZ, Jorge Enrique: “Contratación Administrativa”. Madrid. 2008 Pág. 165

<sup>15</sup> ROMERO PEREZ, Jorge Enrique: Ob.. Cit. Pag. 166

<sup>16</sup> CASSAGNE, Juan Carlos: “El contrato Administrativo” Lexis Nexis - Abeledo Perrot. Argentina. 2005  
Pág. 14



el Derecho administrativo, van desde una mayor flexibilidad para FAVORECER el ejercicio de la *potestas variandi*<sup>17</sup>

Así mismo dentro de la potestad negocial reconocida a la empresa aseguradora, ésta asume el riesgo en cuanto al modo de indemnización que pacte con el estado; en pocas palabras una vez pactado la reposición en especie como medio de indemnización, no interesa que la empresa aseguradora no sea especialista en artes de construcción y/o adquisición de bienes, ya que la transferencia de ese riesgo precisamente a ella lo toma en virtud a una ganancia, es la razón de ser de su actividad.

Por ende la noción básica de todo contrato de seguro, es que éste implica “un acuerdo sobre una declaración de voluntad común”<sup>18</sup>, es decir por un lado la empresa aseguradora se compromete a indemnizar en el modo convenido contractualmente y por otro la entidad realiza el pago oportuno y PREVIO.

No obstante, “el proceso de formación de la voluntad contractual tenga origen en el acto bilateral de voluntad del cual nacen las obligaciones para quienes lo celebran, el contrato es algo más que el acuerdo de voluntades que le da nacimiento. Desde la óptica realista, el contrato es una conmutación voluntaria, un intercambio de prestaciones que traduce el equilibrio o igualdad que procura la justicia. Ahora bien, esa conmutación voluntaria puede dar lugar a un intercambio INSTANTANEO o bien a una relación de tipo institucional, donde la administración se encuentra obligada a compensar desequilibrios económicos – financieros no imputables al contratista mediante actos propios de la justicia distributiva o restituciones de naturaleza conmutativa”<sup>19</sup>. Por ello, no es raro por ejemplo que cuando se otorgue ampliaciones de plazo a favor del contratista por causa no atribuible a este, se reconozcan mayores gastos generales, conforme el Artículo 175 del Reglamento.

Con ésta posición, es imprescindible contar con seguros al 100% del valor del bien asegurado, evitando cualquier tipo de infraseguro; adicionalmente es importante una correcta valorización de los bienes sujetos a cláusula de valor convenido, tal como recomendáramos precedentemente.

Como podemos apreciar, la teoría del contrato administrativo como acuerdo sobre una declaración de voluntad común, que puede dar lugar a compensaciones por desequilibrios económicos financieros no imputables al contratista; reposa en tres ideas fundamentales:

- a) Que, “siendo tales contratos instituciones que persiguen el bien común, hay un interés público a cautelar que se halla por encima de la voluntad de las partes cuya satisfacción es esencialmente dinámica”<sup>20</sup>, por ende las soluciones o salidas a la problemática analizada deben ser las más simples, las más racionales, dentro de la propugnada celeridad administrativa, que para el presente caso de reposición de bien siniestrado sería la compra directa de la aseguradora del bien a un tercero

---

<sup>17</sup> CASSAGNE, Juan Carlos: Ob. Cit. Pp. 15 - 18

<sup>18</sup> RISOLÍA, Marco A: “Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil”. 2da Edición. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina. 1958. Pág. 94 y Sgtes.

<sup>19</sup> CASSAGNE, Juan Carlos: Ob. Cit. Pp. 31-32

<sup>20</sup> HAURIU, Maurice: “La teoría del riesgo imprevisible a los contratos influidos por instituciones sociales” Revista de Derecho Privado Nro. 1481. Madrid. 1926 Pág. 1, Cit. CASSAGNE

para su provisión celera a la entidad; lejos de buscar argumentos confusos que dilaten el tiempo innecesariamente.

- b) Que, “la idea de colaboración, que implica una suerte de solidaridad con la función administrativa, justifica que el estado corrija esos desequilibrios que se presentan en el curso de una relación contractual, cuando no medie culpa o dolo del contratante”<sup>21</sup>. En este punto hay que condenar toda actitud del contratista que quisiera aparentar cumplir con la legalidad, vía negocio en fraude de ley, justificando una actitud omisiva a nivel contractual.

“Hay que reconocer que el fraude de acreedores viene a constituir, si no exactamente fraude de una norma, sí un fraude al ordenamiento, porque en uso de un medio negocial admitido pretende evadirse un deber jurídico, una regla legal que ordena al deudor un determinado cumplimiento ante el acreedor”<sup>22</sup>

Manifestamente ello, pues podría el caso que una empresa aseguradora, luego de firmado el contrato en que se comprometió a reponer el bien como modo de cobertura de determinado siniestro del mismo, otorgando o no a la entidad la prerrogativa de exigirlo; pretenda; “en respeto a la Ley de contrataciones del estado”, “en respeto a la naturaleza jurídica del seguro”, pagar la indemnización de manera pecuniaria, tratando de omitir deliberadamente su obligación de reposición a razón de un aumento de precio en el mercado de bienes. Indudablemente como manifiesta LOHMANN LUCA DE TENA “se puede cometer fraude a los acreedores mediante diversas formas, una de ellas es la simulación...Empero, todas estas modalidades de conductas dolosas – que suelen calificarse como delito civil- ofrecen un común denominador constituido por dos elementos que han de presentarse de consuno: a- un perjuicio a los acreedores; b- una deliberada intención del obligado de eludir sus compromisos”<sup>23</sup>.

- c) “La tercera razón que completa las ideas restantes consiste en reconocer que ese interés público dinámico que se persigue en el contrato administrativo...rebasas las previsiones de las partes, debiendo considerarse consustanciales al contrato”<sup>24</sup>, dentro de un marco de buena fe contractual y en este extremo el riesgo total de la reposición del bien pactado, la asume única y exclusivamente la empresa aseguradora.

### **III. Conclusiones:**

1. Es lícito estipular en las bases administrativas, cláusulas al proyecto de contrato, donde se establezca como modalidad de indemnización la reparación, reposición o reconstrucción del bien asegurado, en lugar del monto dinerario correspondiente.
2. La entidad asegurada tiene la potestad para exigir únicamente como medio indemnizatorio la reparación, reposición o reconstrucción del bien

---

<sup>21</sup> CASSAGNE, Juan Carlos: Ob. Cit. Pág. 32

<sup>22</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Juan: El Negocio Jurídico. Lima 1997 p. 299

<sup>23</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Juan: Ob. Cit , p. 402

<sup>24</sup> CASSAGNE, Juan Carlos: Ob. Cit. Pág. 32

asegurado, siempre y cuando este estipulado en el contrato de seguro con consentimiento y adhesión de la empresa aseguradora.

3. La compañía aseguradora al negarse efectuar la indemnización mediante reparación, reposición o reconstrucción del bien asegurado a pesar de haber sido pactado contractualmente con la entidad asegurada, incurriría en incumplimiento de contrato, por lo que pudiera ser resuelto y ocasionar inhabilitación a la empresa aseguradora para contratar con el estado, conforme lo establece la Ley y el Reglamento.
4. No se desnaturaliza la figura jurídica del contrato de seguro al contemplar como medida indemnizatoria la reparación, reposición o reconstrucción del bien asegurado (pago en especie); en lugar de la indemnización en dinero, ya que el Código de Comercio lo permite.
5. A la fecha, a razón de criterios asumidos por el OSCE que constituyen precedentes de observancia obligatoria, así como por cuestiones doctrinarias expuestas; el estado si puede pactar dentro de un contrato de seguro que tenga la potestad de exigir el modo indemnizatorio ya sea como pago pecuniario y/o reposición de bien en especie.

#### **IV. Recomendaciones:**

**Primera:** No obstante la posición tomada por el OSCE respecto de lo que ha sido materia de análisis, las relaciones contractuales de los seguros en procesos de contratación pública conllevan a otros supuestos fácticos más complejos, por lo que sería pertinente la emisión de una directiva que recoja criterios de solución propia.

**Segunda:** En palabras de SANTOFIMIO, “concebir al servidor público como mero ejecutor de la ley, es negarle al mismo el rol protagónico que el estado en su actividad le ha conferido”; por ello es necesario aclarar que el presente constituye argumentos a criterio propio, no reflejan la posición de la institución donde labora el autor del presente, por lo que sometemos las presentes ideas al debate jurídico; total solo Dios y los imbéciles no se equivocan, aunque en la Administración Pública muchos consiente e inconcientemente pretenden serlo.