

EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN EL ARBITRAJE DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. Introducción

Como sabemos, el arbitraje nace mediante una declaración de voluntad común de las partes. Esa estipulación implica la exclusión de la jurisdicción judicial: pactado el arbitraje, las partes otorgan a los árbitros potestades jurisdiccionales, renunciando a ser juzgadas por los tribunales ordinarios¹.

El arbitraje tiene ciertos límites y, a entender de Borda,² ellos son de dos órdenes. Los primeros son limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico y están dirigidas a las partes, ya que implican una restricción a la autonomía de la voluntad de las mismas. De esta manera, no todas las personas pueden someter a decisión de los árbitros todas las cuestiones que deseen. Los segundos son las limitaciones que las propias partes imponen y que están dirigidas a los árbitros. Se derivan, precisamente, de lo que ellas pactaron en cada caso: quiénes se sometieron a arbitraje y para qué materias. De esta manera, Zuleta³ señala que referirse

al arbitraje en razón de la materia implica, entonces, determinar el alcance que las partes le dieron al pacto arbitral, bien para limitarlo a determinadas controversias, o bien para extenderlo a todas las controversias que deriven de la relación jurídica o que tengan relación con la misma.

Por su parte, Silva⁴ señala que la doctrina precisa que la expresión «alcance del acuerdo arbitral» puede recibir dos significados: alcance rationae materiae del pacto arbitral y alcance rationae personae del mismo. El primer alcance hace referencia a aquellas materias o controversias que se encuentran cubiertas por la voluntad de las partes, tal y como ella ha sido expresada en el pacto arbitral. El segundo alcance hace referencia a las partes que estarían obligadas por el pacto arbitral. Dentro de tal orden de ideas, para que un arbitraje pueda llevarse a cabo, respecto de determinadas materias y personas, debe examinarse el acuerdo arbitral y verificar varios presupuestos. Este acuerdo debe ser:⁵

- Válido en sentido material: las cuestiones sobre las que versa el arbitraje deben referirse a derechos que podían, legalmente, someterse a arbitraje (arbitrabilidad objetiva);

*Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones Biblioteca de Arbitraje y Biblioteca de Derecho de su Estudio. www.castillofreyre.com

** Rita Sabroso Minaya, Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios en la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de dicha Casa de Estudios. Ha sido profesora de Arbitrajes Especiales y Obligaciones en las Facultades de Derecho de la Universidad de Lima y de Pontificia Universidad Católica del Perú, respectivamente. Miembro del Área de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.

¹CAIVANO, Roque J. «Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje». En: Revista Peruana de Arbitraje. n.º 2, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, p. 111.

- Válido en sentido personal: las personas que otorgaron el acto deben haber tenido capacidad para someterse a juicio de árbitros (arbitrabilidad subjetiva);

- Obligatorio en sentido material: debe haber identidad entre las cuestiones que se someten o proponen someterse a arbitraje y aquellas para las cuales el arbitraje se pactó (alcance objetivo); y

- Obligatorio en sentido personal: debe haber identidad entre quienes sean o vayan a ser parte en el arbitraje y quienes han sido parte en el acuerdo arbitral (alcance subjetivo).

De esta manera, en el presente artículo nos centraremos —desde la perspectiva de la arbitrabilidad objetiva— en cómo se ha regulado el tema del enriquecimiento indebido en la Ley de Contrataciones del Estado, Ley n.º 30225.

2. Conceptos generales sobre el enriquecimiento sin causa

La doctrina considera a la teoría del enriquecimiento sin causa como uno de los aciertos más notables de la técnica jurídica, pues sin duda alguna lo que se pretende amparar con tal figura son —precisamente— todos los casos de enriquecimiento sin causa que pasaron inadvertidos al legislador, motivo por el cual los afectados no encuentran remedio alguno en la norma; pero, no obstante ello,

los principios de la moral, la equidad, la justicia y la eficiencia no aceptan que exista una persona que se beneficie a expensas de otra, sancionando así tal situación a través de la acción de enriquecimiento sin causa que se otorga al perjudicado⁶. Así, Von Tuhr⁷ señala que el enriquecimiento sin causa es otra fuente de obligaciones, como lo son el contrato y los delitos. Agrega que esta fuente de obligaciones otorga al empobrecido «la acción y el derecho a reclamar la restitución del enriquecimiento [...]».⁸

Al respecto, nosotros sostenemos que para que proceda la acción de in rem verso, no es necesario que el hecho por el cual una persona se enriquece a costa de otra tenga carácter ilícito. Esto, debido a que «el hecho ilícito requiere siempre del dolo o culpa del obligado»,⁹ mientras que el enriquecimiento sin causa puede prescindir de esos elementos. Así también, Moisset de Espanés¹⁰ señala que el enriquecimiento sin causa abarca otras situaciones en las que no hay pago, definiendo al enriquecimiento como:

(...) una ventaja de carácter pecuniario que se incorpora al patrimonio de una persona. Unas veces se incorpora en forma de desplazamiento de valores de un patrimonio a otro, pero otras veces no hay desplazamiento; o sea no hay egreso de valores de un lado, que ingresen en el patrimonio ajeno. Por ello consideramos suficiente decir: atribución patrimonial, ventaja de carácter económico o pecuniario con que se mejora un patrimonio.

²CAIVANO, Roque J. Op. cit., p. 116.

³ZULETA JARAMILLO, Eduardo. «El arbitraje en razón de la materia. El arbitraje y la responsabilidad civil extracontractual». En: El Contrato de Arbitraje. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005, p. 223.

⁴SILVA ROMERO, Eduardo. «Introducción». En: El Contrato de Arbitraje. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005, pp. xxii – xxiv.

⁵CAIVANO, Roque J. Op. cit., p. 117.

⁶CASTILLO FREYRE, Mario y Giannina MOLINA AGUI. «Tienes más, tengo menos. Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del enriquecimiento sin causa». En: Jus Doctrina & Práctica, n.º 2, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2009, p. 185.

Así, pues, «la acción se dirige fundamentalmente a proteger a la persona cuyo patrimonio ha sido injustificadamente lesionado, más que a sancionar enriquecimientos inmorales o ilegítimos.»¹¹ Esto, toda vez que el efecto del enriquecimiento sin causa es restituir el equilibrio patrimonial alterado, es decir, es «causa eficiente de la obligación de indemnizar»,¹² por la cual se puede exigir la restitución de lo ilegítimamente pagado o del ahorro del cual se benefició indebidamente el enriquecido. Por su parte, el artículo 1954 del Código Civil peruano define al enriquecimiento sin causa como aquella situación en la que hay un sujeto que se enriquece indebidamente a expensas de otro, quedando este último obligado a indemnizarlo.

Entonces, cabe preguntarnos ¿cuáles son los requisitos para que proceda el enriquecimiento sin causa?

Llambías¹³ enumera los requisitos para que proceda la acción de indemnización por enriquecimiento sin causa, siendo tales requisitos, los siguientes:

- (i) el enriquecimiento del demandado;
- (ii) el empobrecimiento del demandante;
- (iii) la relación causal entre esos hechos;
- (iv) la ausencia de causa justificante del enriquecimiento; y,
- (v) la carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio.

En relación al primer requisito, Von Tuhr¹⁴ señala que el enriquecimiento consiste en la diferencia que existe entre el estado actual del patrimonio y el que presentaría si no hubiese ocurrido el injustificado desplazamiento de valores. Es decir, luego de tal comparación, debería verificarse que ha habido una mejora —o que se ha evitado una alteración negativa a través de una disminución— en el patrimonio del sujeto enriquecido. Se presupone así que el enriquecimiento se produce porque el patrimonio receptor ha aumentado como consecuencia de un beneficio de carácter patrimonial o que, a lo menos, surta efectos patrimoniales.¹⁵ Esta definición de enriquecimiento supera —y es la aceptada contemporáneamente— toda discusión acerca de si el enriquecimiento tiene que ser necesariamente patrimonial.

De otro lado, cuando nos referimos a la ventaja que adquiere el enriquecido, aludimos —en estricto— a una ventaja real y efectiva, es decir, a aquélla que se ha verificado en el patrimonio y no a aquellas ventajas que carecen de ese contenido o que no son cuantificables. Hemos de entender que la ventaja adquirida no tiene que cosificarse u objetivarse, sino que también comprende aquellas situaciones jurídicas subjetivas de ventaja, pues —como tales— forman la parte activa del patrimonio.

⁷VON TUHR, Andreas. Tratado de las obligaciones. Traducido del alemán y concordado por W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934, tomo I, p. 299.

⁸VON TUHR, Andreas. Op. cit., p. 323.

⁹OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. «El pago indebido y el enriquecimiento sin causa». Actualidad Jurídica. Lima, 2002, tomo 99, p. 11.

¹⁰MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Curso de obligaciones. Buenos Aires: Zavalía, 2004, tomo 3, p. 310.

¹¹FÁBREGA PONCE, Jorge. El enriquecimiento sin causa. Panamá: Editora La Estrella, p. 58.

¹²OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. Op. cit., p. 11.

Esto significa que el enriquecimiento (y correlativo empobrecimiento puede derivarse tanto de dinero, otros bienes, créditos, deudas y demás situaciones jurídicas subjetivas de ventaja y correlativas de desventaja).¹⁶

Enneccerus¹⁷ señala que entre los modos de adquirir ventajas y que en consecuencia pueden llevar al enriquecimiento, se tienen: (i) la adquisición de un derecho, (ii) la obtención de la posesión, (iii) la obtención de la posibilidad de disponer sobre un objeto y, finalmente, reconoce que hay enriquecimiento cuando se ahorran gastos y disminuciones del patrimonio.

Por su parte, Von Tuhr¹⁸ sostiene que el patrimonio puede enriquecerse o bien a través de un aumento o bien a través del cuidado de su no disminución. Dentro del primero señala que se encuentra la posibilidad de afectar o bien el activo, a través de la incorporación en el patrimonio de nuevos derechos o incrementando el valor de los mismos, o bien el pasivo, a través de la cancelación del mismo sin fundamento jurídico alguno que lo justifique. Respecto de la segunda forma de enriquecimiento, se tiene que ésta se produce cuando en circunstancias normales se hubiera tenido que efectuar un desembolso, pero finalmente éste no se realiza. Se afirma también que los modos de adquirir ventajas son incontables, ya que ellas pueden consistir tanto en la adquisición de un derecho, o en el aumento o incremento del valor de un

bien que se ha adquirido (*lucrum emergens*), como también puede uno enriquecerse negativamente (*damnum cesans*), cuando la ventaja consiste en el no empobrecimiento por «la extinción» de una obligación o carga a la que un patrimonio estaba adscrito.¹⁹ En esa misma línea de pensamiento, Delia Revoredo²⁰ afirma que el enriquecimiento sin causa debe entenderse en sentido amplio, es decir, como ventaja patrimonial obtenida, ya sea activamente, como la adquisición de un derecho o la obtención de la posesión, ya sea pasivamente, como el ahorro de un gasto inminente. En relación al segundo de los elementos, Llambías²¹ señala que el empobrecimiento, como segundo requisito de la acción por enriquecimiento sin causa, consiste en el menoscabo de orden patrimonial que el empobrecido padece, sea por un daño emergente o por un lucro cesante. La doctrina no es del todo pacífica cuando se refiere al empobrecimiento como un elemento necesario para la procedencia de la acción por enriquecimiento sin causa, pues a decir de unos, la persona que no se ha empobrecido no tiene interés porque nada ha perdido, por lo que para ese sector de la doctrina es necesario que «a un enriquecimiento, le corresponda cualitativamente y no cuantitativamente, un empobrecimiento de otro patrimonio».²²

¹³ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Perrot, 1964, tomo IV-B, p. 380.

¹⁴ VON TUHR, Andreas. *Op. cit.*, p. 300.

¹⁵ FÁBREGA PONCE, Jorge. *Op. cit.*, p. 51.

¹⁶ CASTILLO FREYRE, Mario y Giannina MOLINA AGUI. *Op. cit.*, p. 191.

¹⁷ ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch, segunda edición, volumen segundo, pp. 586-587.

¹⁸ VON TUHR, Andreas. *Op. cit.*, p. 300.

¹⁹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *El enriquecimiento sin causa*. Madrid: Universidad de Santiago de Compostela, 1979, p. 83

Nosotros no compartimos este punto de vista, pues debe haber plena correspondencia en todas las características del enriquecimiento y del empobrecimiento.

Coincide la doctrina en señalar que el empobrecimiento puede producirse tanto con la pérdida efectiva de bienes y derechos.

Al respecto, se debería agregar expresamente que la imposición de situaciones jurídicas subjetivas de desventaja en favor de otros, sin causa alguna que justifique la misma, también produce un empobrecimiento. No obstante la omisión de un pronunciamiento expreso por parte de la doctrina, ello se puede entender claramente de la unión de los conceptos de patrimonio, enriquecimiento y empobrecimiento.²³ Así también lo entiende Delia Revoredo²⁴, cuando señala que el empobrecimiento debe entenderse también en sentido amplio, esto es que la ventaja no tiene que provenir necesariamente del patrimonio del empobrecido, sino que bastará con que sea a expensas suyas.

Los dos primeros requisitos del enriquecimiento sin causa son fundamentales, ya que en la mayoría de procesos cuando se pretende una indemnización por enriquecimiento sin causa se llega a probar el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del demandante.

Además, y esto también es usual, se llega a demostrar el tercer requisito del enriquecimiento sin causa, que es la relación causal entre esos hechos. Es decir, entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del demandante. Pero los problemas se empiezan a presentar cuando existe, como es obvio, la necesidad de demostrar que se trata de un enriquecimiento carente de causa justificante de ese enriquecimiento, y, en quinto lugar, que existe carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio.

Así, cuando existe un desplazamiento patrimonial real y efectivo de dinero u otros bienes, generalmente el Derecho se encarga de brindar a los perjudicados, otras acciones reguladas de manera positiva en nuestra legislación, en vez de la demanda por enriquecimiento sin causa. En efecto, para tales casos el Derecho ha previsto otros remedios legales como, por ejemplo, la restitución y la repetición.

Con respecto al último de los cinco elementos señalados, la doctrina mayoritaria sostiene que este carácter subsidiario hace referencia a que la acción de in rem verso sólo puede ser ejercida cuando el Derecho positivo no brinde al empobrecido otra acción específica con la cual pueda pedir el resarcimiento de los daños sufridos.

²⁰REVOREDO MARSANO, Delia. «Enriquecimiento sin causa». En: Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Lima: Okura Editores S.A., 1985, tomo IV, pp. 778-779.

²¹LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Op. cit., p. 385.

²²ORAMAS GROSS, Alfonso. El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones. Bogotá: Nomos, 1988, p. 78.

²³CASTILLO FREYRE, Mario y Giannina MOLINA AGUI. Op. cit., p. 195.

²⁴REVOREDO MARSANO, Delia. Op. cit., p. 778.

²⁵REVOREDO MARSANO, Delia. Op. cit., pp. 778-779.

²⁶LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Op. cit., p. 397.

Así, el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa constituye uno de sus requisitos de procedencia; ello, de conformidad con el artículo 1955 de nuestro Código Civil, que establece lo siguiente:

Artículo 1955.- «La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización».

Como se puede apreciar, la subsidiariedad responde a la inexistencia de otra vía de derecho que permita hacer efectiva la reparación por el perjuicio sufrido.

Según Delia Revoredo,²⁵ esta acción sólo procede cuando no es posible accionar por otro motivo, ya que existen casos en los que el enriquecimiento carece de causa y respecto a los cuales cabe ejercer una acción distinta a la del enriquecimiento sin causa. El empobrecido, en estos casos, cuando dispone de otra acción, no tiene opción para elegir entre las dos precedentes.

En la misma línea, Llambías²⁶ afirma que:

(a) Si el empobrecido ha dejado prescribir [...] la acción específica que tuviera para obtener la reparación del perjuicio, no podrá deducir la acción resultante del enriquecimiento sin causa. [...] El empobrecido en tal situación carece de la acción por haber sido titular de otra acción eficaz para proteger su interés.

(b) Si el empobrecido no ha podido ejercer útilmente otra acción que tuviera en resguardo de su interés, por carencia de prueba documental, tampoco podrá articular la acción in rem verso.

(c) Si el empobrecido ha deducido sin éxito otra acción que tuviera, distinta de la in rem verso, no puede marginarse de esa cosa juzgada adversa, para entablar esta última acción. La razón siempre es la misma: el empobrecido carece de la acción de in rem verso cuando ha dispuesto de otra acción para prevenir su daño.

Por su parte, Julien Bonnecase²⁷ señala que la Corte de Grenoble consideró que la acción de in rem verso:

«Procede en todos aquellos casos en que el patrimonio de una persona se enriquezca sin causa legítima y a costa del de otra persona, y cuando esta última no goce de ninguna acción derivada de un contrato, cuasi contrato, delito o cuasi delito, para obtener lo que se le debe; pero que no puede substituirse durante un juicio, por una acción diferente originalmente fundada en una obligación contractual».

Al respecto, cabe preguntarnos ¿qué significa esto?

Si la ley concede a la parte perjudicada por el empobrecimiento alguna otra acción que pueda interponer contra o con respecto a su contraparte, lo que dice la ley —a través del citado artículo 1955 del Código Civil— es que tiene que recurrir a esas pretensiones o acciones para tratar de hacer valer sus derechos.

²⁷ BONNECASE, Julien. Elementos del Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Puebla: Biblioteca Jurídico-Sociológica, 1945, tomo II, pp. 313-314.

²⁸ Dado que el adicional se ejecutó antes de su autorización previa.

²⁹ Así, por ejemplo, en la Opinión de Gerencia Técnica Normativa del CONSUMCODE n.º 64-2002-GTN, se señala lo siguiente: «CONSULTA: ¿De qué manera puede regularizarse los adicionales que se hubiesen ejecutado sin Resolución que aprueba los adicionales y qué sucede con las contraprestaciones?

OPINIÓN: En el caso de prestaciones adicionales, éstas no pueden regularizarse ante los organismos competentes si ya fueron ejecutadas, pues la aprobación de su ejecución es necesariamente previa, lo que no significa que la Entidad no deba cancelar lo ejecutado efectivamente de modo adicional, pues se configuraría un enriquecimiento sin causa por parte de ella, a favor del contratista. El pago de las prestaciones adicionales no autorizadas no enerva la responsabilidad administrativa ni civil de los funcionarios». (El subrayado es nuestro).

3. ¿El enriquecimiento sin causa es materia arbitrable?

Imaginemos que la Entidad ordena al Contratista ejecutar un determinado adicional de obra que supera el porcentaje establecido en el artículo 34.3 de la Ley de Contrataciones del Estado, es decir, el 15% del monto originalmente pactado. Como sabemos, para ello la Entidad requerirá contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República, a efectos de la ejecución y pago del referido adicional.

Sin embargo, la Entidad—sin dicha autorización previa— ordena al contratista y éste ejecuta el adicional. En tal sentido, la Contraloría General de la República, obviamente,²⁸ no aprueba el adicional y la Entidad no le paga al contratista.

Como sabemos, hasta antes de la Ley n.º 30225, el contratista demandaba a la Entidad por enriquecimiento sin causa, fundamentándose en pronunciamientos del propio OSCE.²⁹ La Entidad, ante dicha demanda, argumentaba que el enriquecimiento sin causa no debe ser resuelto por la vía arbitral, sino que debe ser materia de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, ya que se trataría de un tema extra contractual.

Sobre el particular, Arrarte y Paniagua³⁰ señalaban que nada obsta a que las partes se puedan enriquecer indebidamente, por ejemplo, al beneficiarse con prestaciones

ejecutadas y respecto de las cuales no existió acuerdo sobre el precio. Lo mismo podría ocurrir en los casos en que los contratos sean declarados nulos, pese a lo cual existen prestaciones que fueron ejecutadas y que deben ser pagadas o resarcidas.

Al respecto, debemos recordar que existen diversas teorías que tratan de explicar el enriquecimiento sin causa; a saber:³¹

- (i) Aquellas que asimilan el enriquecimiento sin causa a alguna otra fuente de las obligaciones (o también llamados cuasicontratos, como la gestión de negocios o la responsabilidad extracontractual);
- (ii) Aquellas que postulan que el enriquecimiento sin causa es una fuente de obligaciones propia e independiente; y
- (iii) Aquellas que señalan que el enriquecimiento sin causa es en realidad un principio que informa el ordenamiento jurídico en general.

Manuel Rebollo³² señala que existen supuestos en los que el contrato no constituye fuente de la obligación de pagar ciertas prestaciones, sino que dicha obligación surge, en cambio, de la prohibición de enriquecerse sin causa. Así, por ejemplo, nos podemos encontrar ante prestaciones del contratista distintas a las que estaba obligado en virtud del contrato—y del correcto ejercicio del *ius variandi*—; ello, ya sea por el actuar espontáneo del contratista o por una orden nula sin virtualidad para vincular a la Administración.

³⁰ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. «Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra». En: *Advocatus*. n.º 16, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2007, p. 197.

³¹CAMPOS MEDINA, Alexander. «La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos». En: *Revista Peruana de Arbitraje*. n.º 3, Lima: Editora jurídica Grijley, 2006, p. 311.

³²REBOLLO PUIG, Manuel. *El enriquecimiento injusto de la administración pública*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 270.

³³ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. *Op. cit.*, p. 195.

En consecuencia, el enriquecimiento sin causa se funda en un principio de equidad que informa el Derecho en general, por lo que podríamos afirmar que dicha figura puede generarse tanto dentro como fuera del contrato.

Ahora bien, el inciso 1 del artículo 2 del Decreto Legislativo 1071 (norma que regula el arbitraje) establece que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición.

En tal sentido, el enriquecimiento sin causa es per se —y en términos amplios— materia arbitrable, al ser de libre disposición, e incluso por tener contenido patrimonial.

Sin embargo, hay quienes sostienen que el enriquecimiento sin causa constituye en nuestro sistema jurídico una fuente de obligaciones distinta al contrato (convenio arbitral), por lo que no podría constituir materia arbitrable. Al respecto, se debe precisar que el hecho de que el escenario natural del arbitraje sean las relaciones contractuales, ello no implica —en lo absoluto— que el arbitraje esté restringido a tales relaciones contractuales. En efecto, de conformidad a lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo 1071, «el convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada

relación jurídica contractual o de otra naturaleza (...)». (El subrayado es nuestro).

Sobre este tema, Arrarte y Paniagua³³ señalan que la respuesta a si el enriquecimiento sin causa es materia arbitrable o no, dependerá del tenor del convenio arbitral. Dentro de tal orden de ideas, antes de la Ley n.º 30225, se debían analizar las cláusulas arbitrales que las partes incorporaban en el contrato, a efectos de determinar si ellas excluían al enriquecimiento sin causa como materia arbitrable. Sólo en dicho supuesto era que podríamos afirmar que —para el caso en concreto— una pretensión de enriquecimiento sin causa no podía ser conocida por el Tribunal Arbitral, dado que —precisamente— existía dicha exclusión.³⁴ Es decir, antes de la Ley n.º 30225, lo relevante era el alcance objetivo del convenio arbitral al que hacíamos referencia en la parte introductoria del presente artículo, entendido como la identidad entre las cuestiones que se someten o proponen someterse a arbitraje y aquellas para las cuales el arbitraje se pactó. Ahora bien, a nivel de pronunciamientos del Poder Judicial, la solución no era unánime en lo relativo a considerar o no al enriquecimiento sin causa como materia arbitrable.

Por ejemplo, en la Sentencia de Casación n.º 825-2006, de fecha 15 de diciembre de 2006, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se admitió que el enriquecimiento sin

³⁴ A modo ilustrativo analicemos el siguiente modelo de cláusula arbitral antes de la Ley n.º 30225: «Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del Contrato, se resolverá mediante los procedimientos de conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el Artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control de la Contraloría General de la República, Ley n.º 27785 y demás que por su naturaleza sean excluidas por ley». (El subrayado es nuestro). Como podemos apreciar, en dicho convenio arbitral hay dos límites; a saber: (i) un límite temporal (desde la celebración del Contrato); y (ii) un límite respecto de las materias arbitrables (cualquier controversia, excepto aquellas referidas en el artículo 23 de la Ley n.º 27785). Dentro de tal orden de ideas, si las controversias sobre enriquecimiento sin causa surgen después de la celebración del Contrato y, en tanto, el enriquecimiento sin causa no se ha excluido, sí estábamos frente a una materia arbitrable.

causa era materia arbitrable, reforzando —de esta manera— el razonamiento elaborado en los puntos precedentes.³⁵ En el cuarto considerando de la Sentencia de Casación se señala que la resolución que declaró fundada la demanda de anulación de laudo, consideraba que «[...] la pretensión de enriquecimiento ilícito es, por definición, extraña a la relación contractual que pueda existir entre las partes, por tal motivo los convenios que puedan afectar a ésta no resultan aplicables a aquélla». Asimismo, la resolución de primera instancia señalaba que «[...] al sustentar su competencia en un convenio arbitral que no lo facultaba para resolver una materia jurídicamente extraña al contrato, el Árbitro Único ha lesionado el derecho a un debido proceso [...]».

Sin embargo, el considerando octavo de la Sentencia de Casación señala lo siguiente:

Octavo: «(...) además, el artículo 53 de la Ley 26850 establece que las controversias derivadas de la ejecución y/o interpretación del contrato se regulan mediante conciliación y arbitraje y estando a que en la cláusula catorce punto uno del Contrato de Obra se preveía que cualquier controversia surgida entre las partes, se solucionaría mediante arbitraje, no se advierte que se haya incurrido en la causal de nulidad contenida en el inciso 7 del artículo 73 y el inciso 4 del artículo 1 de la Ley 26572; que a mayor abundamiento, la Sala Superior ha infringido el artículo 61 de la Ley de Arbitraje que establece que no es revisable el fondo de la controversia, no obstante que fluye del laudo arbitral el pronunciamiento de que la pretensión del pago de trabajos en vía de enriquecimiento indebido sin causa es arbitrable;

en este aspecto PROVÍAS Departamental no formuló oposición a la decisión de que se arbitre el enriquecimiento sin causa, por lo que hubo convalidación tácita, (sic) de que la materia fuera sometida a arbitraje [...]». (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, la referida Sala de la Corte Suprema —al analizar si realmente existió causal de anulación de Laudo, por haberse pronunciado sobre el enriquecimiento sin causa en sede arbitral— llegó a la conclusión de que ello no implicaba estar incurrido en la causal del inciso 7 del artículo 73, ni del inciso 4 del artículo 1 de la antigua Ley General de Arbitraje, ya que —a entender de la Corte Suprema— el enriquecimiento sin causa sí era materia arbitrable.³⁶

Sin embargo, en la Sentencia de Casación n.º 500-2007, de fecha 13 de junio de 2007, dicha Sala habría admitido que el enriquecimiento sin causa no era materia arbitrable, al declarar improcedente la casación interpuesta contra la Sentencia n.º 25, de fecha 18 de septiembre de 2006, emitida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente n.º 268-2006.³⁷

Dadas las complejas y casi infinitas posibilidades de controversia entre las partes, no es razonable, e incluso resultaría casi imposible, que el acuerdo de voluntades incluya, una a una, el detalle de las materias que serán sometidas a arbitraje (ver: CAMPOS MEDINA, Alexander. Op. cit., p. 323).

No podemos olvidar que la intención de las partes al pactar el arbitraje es la de evitar acudir al Poder Judicial, por lo que no tendría mucho sentido interpretar que la voluntad de las partes es acudir en unos casos al arbitraje y en otros al Poder Judicial (cuando no han excluido expresamente algunas materias propias de la etapa de ejecución de contratos).

En tal sentido, el enriquecimiento sin causa sí se encontraba comprendido dentro del ejemplo de convenio arbitral que hemos citado.

En efecto, en el vigésimo sexto considerando de la sentencia de primera instancia (emitida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial) se concluyó «[...] en primer lugar, que el convenio arbitral acordado por las partes no preveía la posibilidad que (sic) se discutiera el pago de una suma de dinero sustentándola en la existencia de un enriquecimiento sin causa, ya que de aquel (sic) **se colige que las materias que podrían someterse a arbitraje son las relacionadas directamente con el Contrato, por lo que siendo el enriquecimiento sin causa una fuente de obligaciones distinta al Contrato que unió a las partes no se encontraba inmersa (sic) dentro del Convenio Arbitral celebrado**». (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, la referida Sala de la Corte Superior —al analizar si realmente existió causal de anulación de Laudo, por haberse pronunciado sobre el enriquecimiento sin causa en sede arbitral— llegó a la conclusión de que el enriquecimiento sin causa no constituía materia arbitrable.

Incluso, en el último párrafo del artículo 56 del Proyecto de Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado n.º 1490/2007-PE, se establecía que «el ejercicio de la acción por enriquecimiento indebido se hará prevalecer en sede judicial». Sin embargo, dicho extremo del Proyecto de Ley no prosperó y las anteriores leyes sobre contratación estatal no contemplaban

una disposición similar a la citada. Sin embargo, hoy en día, el artículo 45.1. de la referida Ley, establece que «(...) Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido (...) que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República según corresponda, no podrán ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo».

Con la nueva ley, el análisis se debe iniciar con la arbitrabilidad objetiva, en el sentido de que las cuestiones sobre las que versa el arbitraje deben referirse a derechos que podían, legalmente, someterse a arbitraje. Es decir, las partes no podrán pactar válidamente en sus convenios arbitrales ni someter a arbitraje una pretensión sobre enriquecimiento sin causa que derive o se origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de éstas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República.

Ello implicaría que sí se pueden someter a arbitraje pretensiones sobre enriquecimiento sin causa derivado de otros temas, en tanto se cumpla con los requisitos detallados previamente.

³⁵El tema de fondo —en la vía arbitral— se puede resumir de la siguiente manera. COSAPI TRANSLEI demandó a Provías Departamental para que ésta le pague el valor de las obras realizadas, como consecuencia de trabajos de emergencia. Dichas obras fueron ordenadas por la Entidad, pero al superar cierto porcentaje, se requería la aprobación de la Contraloría General de la República. Dicha aprobación nunca se presentó y, por ende, la Entidad nunca pagó al demandante por las referidas obras. En tal sentido, el argumento de COSAPI TRANSLEI consistió en que la Entidad se había enriquecido sin causa, a costa del demandante.

Mediante Laudo de fecha 7 de julio de 2005, el árbitro único declaró fundada la demanda, al considerar que el enriquecimiento sin causa era una controversia de índole contractual, sobre la cual las partes tienen libre disposición.

Ahora bien, independientemente de las materias que son objeto de desarrollo en las cláusulas arbitrales particulares que contienen los contratos que celebra el Estado con sus proveedores de bienes, servicios y obras, existe la cláusula arbitral tipo que entra a regir supletoriamente, en virtud de lo dispuesto por el artículo 195 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Esta cláusula arbitral tipo señala lo siguiente:

«Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento especial». (El subrayado es nuestro).

En la cláusula tipo también encontramos un límite respecto de las materias arbitrables; a saber: cualquier controversia que se derive de la ejecución e interpretación del presente contrato.

Así, en tanto las controversias sobre enriquecimiento sin causa hayan surgido como consecuencia de la ejecución del contrato (y no versen sobre los temas excluidos expresamente por el artículo 45.1 de la Ley), sí estaríamos frente a una materia arbitrable.

4. Conclusiones

Dentro del orden de ideas, queda claro que en torno a las pretensiones por enriquecimiento sin causa, no existía unanimidad de criterio para considerar que los tribunales arbitrales son competentes en materia de enriquecimiento sin causa en contratación pública.

Hoy en día resulta clara la exclusión expresa contemplada en el artículo 45.1. de la Ley n.º 30225, en torno a que el enriquecimiento sin causa no es arbitrable, en tanto derive o se origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de éstas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República.

Y ello nos permitiría afirmar que una pretensión sobre enriquecimiento sin causa que no derive ni se origine en dichas materias, sí sería arbitrable, en tanto no se puede aplicar por analogía una norma que restringe derechos.

Finalmente, sólo cabe recordar que en los casos en que los tribunales arbitrales se declaren competentes para conocer pretensiones sobre enriquecimiento sin causa, será indispensable que se cumpla con todos los requisitos que la doctrina y la ley establecen para que proceda la indemnización respectiva.

³⁶El tema de fondo —en la vía arbitral— se puede resumir de la siguiente manera: Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A. demandó a Provías Departamental para que ésta le pague el valor de obras adicionales que superaban el porcentaje establecido en la Ley para la autorización de la Contraloría General de la República. En tal sentido, la demandante exigía el pago de dichos adicionales por concepto de enriquecimiento sin causa. Mediante Laudo de fecha 15 de diciembre de 2005, el tribunal arbitral declaró fundada la demanda, al considerar que el enriquecimiento sin causa sí era materia arbitrable.

³⁷Dicha sentencia declaró fundada la demanda de anulación de laudo arbitral, declarando inválido el laudo arbitral emitido y restableciendo la competencia del Poder Judicial.