

Materia Arbitrable en la Contratación Pública

Mario Castillo Freyre*
Rita Sabroso Minaya**

“En el presente artículo, el autor analiza la posibilidad de utilizar el arbitraje como solución de controversias en figuras tales como los presupuestos adicionales de obra y el enriquecimiento sin causa. Asimismo, tomando como punto de referencia ambas figuras, se cuestiona la idoneidad de la competencia de la Contraloría General de la República en ciertos supuestos del primero (adicionales) y por otro lado explica de manera concisa las diferentes posturas, acerca de si la segunda figura puede ser considerada materia arbitrable o no.”

1 Introducción.— 2. Los adicionales de obra y la Contraloría General de la República.— 3. Enriquecimientos sin causa.— 3.1. Conceptos generales sobre el enriquecimiento sin causa.— 3.2. ¿El enriquecimiento sin causa es materia arbitrable?—

1. Introducción

El primer párrafo del artículo 52 del Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado) establece que: «Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes (...)». (El subrayado es nuestro).

En principio, cualquier controversia sobre los aspectos señalados por el citado artículo 52 constituirá materia arbitrable, la que resulta ser una norma bastante amplia.

El artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado no contempla un criterio negativo, lo que nos parece acertado. Ahora bien, el citado artículo contempla una enumeración de las

materias arbitrables; a saber: las controversias sobre ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato.

Por otro lado, debemos señalar que una enumeración siempre sugiere exclusión. Por ello, un tema relevante es el referido a la exclusión —como materia arbitrable— de las prestaciones adicionales que superen cierto porcentaje del valor del contrato y el tema referido al enriquecimiento sin causa, cuyo tratamiento efectuamos más adelante.

2. Los Adicionales de Obra y la Contraloría General de la República

Los presupuestos adicionales representan un incremento del monto contractual que se deriva de mayores bienes y servicios o de mayores trabajos (en el caso del contrato de obra) no considerados en el contrato original.

Campos Medina¹ señala que los trabajos adicionales de obra, o simplemente los adicionales de obra, generan costos inicialmente no previstos para la Entidad propietaria y, por tanto, representan un desafío de especial complejidad para el Derecho. Recordemos

* Mario Castillo Freyre, Magister y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. www.castillofreyre.com.

** Rita Sabroso Minaya, Adjunta de Docencia del curso de Derecho de las Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente cursa el último ciclo de la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia en dicha Casa de Estudios. Miembro del Área de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre y Secretaria Arbitral en procesos Ad Hoc.

1 CAMPOS MEDINA, Alexander. «Limitación de resolver mediante arbitraje obras adicionales y mayores prestaciones en contratos de obra pública: ¿prohibición de arbitrar o licencia para incumplir?». En: Arbitraje On Line. N° 4, Lima: Boletín Jurídico del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, 2004, p. 1. http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/edic_ant/4/voz_arbitro1.htm

que en la contratación del Estado está en juego el dinero público y la transparencia de los procesos de selección por los cuales se adjudican los contratos.

Al respecto, Linares Jara² señala que, en general, las distintas legislaciones sobre contratación pública recogen la problemática de los adicionales, aunque es bastante claro que los niveles de flexibilidad para la aplicación de dicha figura difieren, así como también la perspectiva a partir de la cual se aborda su definición y requisitos constitutivos.

Como sabemos, el artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado se encarga de desarrollar el tema de los adicionales, reducciones y ampliaciones, estableciendo lo siguiente:

Artículo 41.- «Adicionales, reducciones y ampliaciones excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de **bienes y servicios** hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.

Tratándose de **obras**, las prestaciones adicionales podrán ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados [...].

En el supuesto de que resultara indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad podrá decidir autorizarlas. Para ello se requerirá contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan (sic) con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emitirá previa al pago [...].

La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o **no la ejecución de prestaciones adicionales, no podrá ser sometida**

a arbitraje. Tampoco podrán ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República.

[...]». (el subrayado y la negrita son nuestros)

Asimismo, debemos tener presente lo establecido por la Quinta Disposición Final de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, Ley N° 28411, que establece lo siguiente:

QUINTA.- «Sólo procederá la ejecución de obras adicionales cuando se cuente, previamente, con disponibilidad presupuestal [...], y en los casos en que su valor, restándole los presupuestos deductivos vinculados a tales adicionales, no superen el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original.

Para el caso de las obras adicionales que superen el quince por ciento (15%) del contrato original, luego de ser aprobadas por el Titular de la Entidad o el Directorio de la empresa, según corresponda, se requiere contar, previamente, para su ejecución y pago, con la disponibilidad presupuestaria y la autorización expresa de la Contraloría General de la República, independientemente de la fecha del contrato de obra. Para estos efectos, la Contraloría General de la República debe observar los plazos y procedimientos establecidos en la ley de contrataciones del Estado y su reglamento. [...]». (El subrayado es nuestro).

Cabe señalar que la citada disposición final fue modificada por la única disposición complementaria modificatoria de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Antes, la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto establecía el 10% como límite máximo para la aprobación de obras adicionales, sin autorización de la Contraloría General de la República, lo que implicaba la existencia de dos normas incompatibles: por un lado, la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que establecía en 15% el límite máximo y la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, que establecía 10%.³

Cabe señalar que tanto el citado artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado como la

2 LINARES JARA, Mario. «Adicionales de Obra Pública. Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin causa». En Revista de Derecho Administrativo. Lima: Revista editada por el Círculo de Derecho Administrativo, 2009, N° 7, p. 180.

3 Dicha incompatibilidad y la facultad de la Contraloría General de la República de autorizar adicionales ha sido criticada por la doctrina nacional. Ver: ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. «Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra». En: Advocatus, N° 16, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2007, p. 187; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «El Arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República». En: Derecho & Sociedad, N° 21, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, pp. 284-287; ORTEGA PIANA, Marco Antonio. «Algunas reflexiones sobre la competencia de la Contraloría General de la República respecto de los presupuestos adicionales de obra pública». En: Advocatus, N° 7, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2002, pp. 433-440.

Quinta Disposición Final de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, están en concordancia con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785.

En efecto, los artículos 22 y 23 de la referida Ley Orgánica establecen lo siguiente:

Artículo 22.- «Atribuciones

Son atribuciones de la Contraloría General, las siguientes:

[...]

k) Otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública, y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras, cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento.

[...]» (El subrayado es nuestro).

Artículo 23.- «Inaplicabilidad del arbitraje

Las decisiones que emita la Contraloría General, en el ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión, no podrá ser objeto de arbitraje, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del Artículo 1 de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje.

Asimismo, tampoco se podrá someter a arbitraje, las controversias que versan sobre materias comprendidas en los alcances de las atribuciones previstas en el literal k) del Artículo 22 de la Ley, las que no pueden ser sustraídas al pronunciamiento que compete a la Contraloría General». (El subrayado es nuestro).

Como podemos apreciar, en atención a que en el contrato de obra pública media el interés del Estado, se ha establecido una competencia especial para la Contraloría General de la República en lo relativo a los presupuestos adicionales que superen el porcentaje establecido en el segundo párrafo del artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Así, mediante la Directiva N° 01-2007-CG/OEA⁴ sobre «Autorización previa a la ejecución y pago de Presupuestos Adicionales de Obra», se regula la potestad de control previo externo que ostenta la Contraloría General de la República, en aquellos adicionales de obra que excedan el 15%⁵ del contrato original.

En esta Directiva se señala expresamente que «para los fines del control gubernamental, se considera prestación adicional de obra a la ejecución de trabajos complementarios y/o mayores metrados no considerados en las bases de la licitación o en el contrato respectivo, y que resultan indispensables para alcanzar la finalidad del contrato original».

En ese sentido, el presupuesto adicional de obra es el «mayor costo originado por la ejecución de prestaciones adicionales de obra».

Ahora bien, para el cálculo del porcentaje de incidencia acumulado, la Directiva N° 01-2007-CG/OEA señala que «las Entidades acumularán el monto total de los presupuestos adicionales de obra autorizados, incluyendo el que se encuentra en trámite, y el monto de aquellos presupuestos deductivos derivados de las sustituciones de obra directamente vinculadas con las partidas de obras adicionales, siempre que ambas respondan a la misma finalidad programada».

Otro aspecto importante que regula la referida Directiva es que establece las causales de procedencia de las prestaciones adicionales de obra, indicando que «procede la autorización previa a la ejecución y al pago de presupuestos adicionales de obra, sólo en casos originados por la cobertura de mayores costos orientados a alcanzar la finalidad del contrato y siempre que sean derivados de:

a) Hechos por su naturaleza imprevisibles al formularse las bases de la licitación o celebrarse el correspondiente contrato, y hechos fortuitos o de fuerza mayor producidos con posterioridad a la suscripción del contrato de obra.

b) Errores, omisiones o deficiencias en el expediente técnico de la obra».

Finalmente, debemos resaltar la aplicación del silencio administrativo positivo en el caso de que la Contraloría General de la República no emita pronunciamiento sobre la solicitud de autorización previa a la ejecución y al pago de presupuestos adicionales de obra, en el plazo máximo de quince días hábiles.

En efecto, si la Contraloría General de la República no se pronuncia dentro del referido plazo, la Entidad considerará aprobada la solicitud, entendiéndose autorizada la ejecución y el pago del presupuesto adicional.

Ahora bien, ello no implica que la Contraloría General de la República no realice un control posterior de los

4 Aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 369-2007-CG, de fecha 29 de octubre de 2007, publicada en el Diario Oficial «El Peruano» con fecha 1 de noviembre de 2007. Cabe señalar la Directiva N° 01-2007-CG/OEA entró en vigencia a los quince (15) días naturales de su publicación.

Asimismo, cabe precisar que la primera norma que regulaba el tema de la autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra fue la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO, a través de la cual la Contraloría General de la República estableció los lineamientos para cautelar el adecuado procedimiento de control previo. Dado que la referida Directiva era anterior a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, a la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y a su Reglamento, fue modificada por la Directiva N° 01-2007-CG/OEA.

5 Cabe señalar que la Directiva N° 01-2007-CG/OEA hace referencia al 10%; sin embargo, como hemos visto actualmente el límite establecido es del 15%.

documentos, declaraciones e información presentadas por la Entidad.

Sobre el particular, Campos Medina⁶ afirma que los cambios normativos se han caracterizado por un constante intento de extender la intervención de la Contraloría General de la República, sin reparar en los graves problemas legales y prácticos que esto genera.

Al respecto, Ortega Piana⁷ afirma que supeditar el pago de determinado adicional a un pronunciamiento de la Contraloría General de la República puede ser un interesante medio de control previo; sin embargo, la autorización previa de la ejecución podría generar desventajas antes que ventajas para el Estado.

Si se trata de una institución de control, el citado autor cree que la Contraloría General de la República no debería ingresar a temas propios de la gestión, porque ello es responsabilidad de la entidad comitente, la que debe contar con el personal técnico calificado que le permita adoptar oportunamente las decisiones más convenientes, siendo —en todo caso— un tema de responsabilidad que corresponde asumir a dicha entidad comitente.

Coincidimos en que el asunto de la autorización en la ejecución de los adicionales demandaría a la Contraloría General de la República contar con un gran plantel de personal altamente especializado en todas las materias en las que el Estado contrata, lo cual significaría convertir a la Contraloría General de la República en una suerte de supra organismo público que sería sinónimo, en los hechos, de ineficiencia.⁸

En efecto, como bien señalan Arrarte y Paniagua,⁹ la intervención eficiente de la Contraloría General de la República, implicaría contar con un «mega» organismo estatal, con múltiples áreas especializadas para poder supervisar técnicamente a todas las Entidades contratantes —que a su vez deben contar con su propio supervisor para cada obra a ejecutar— lo que en opinión de los autores citados originaría un importante sobrecosto para la ejecución de cualquier obra pública.

Ahora bien, para el contratista resultará más adecuado que tanto la ejecución como el pago del adicional que supera el porcentaje establecido por el artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, estén sujetos a la aprobación previa de la Contraloría General de la República. Ello, en comparación a que sea sólo el pago el que esté sujeto a dicha aprobación previa, ya que en este último caso, el contratista podría ejecutar el adicional (ordenado por la entidad) y, luego, la Contraloría General de la República podría no aprobar el pago del referido adicional, lo que —obviamente— implicaría que el contratista asuma todo el riesgo.¹⁰

“Coincidimos en que el asunto de la autorización en la ejecución de los adicionales demandaría a la Contraloría General de la República contar con un gran plantel de personal altamente especializado en todas las materias en las que el Estado contrata, lo cual significaría convertir a la Contraloría General de la República en una suerte de supra organismo público que sería sinónimo, en los hechos, de ineficiencia.”

Como se puede apreciar, este es un tema muy importante, en la medida de que marca la línea con respecto a los adicionales, entre aquéllos cuyas controversias sí son susceptibles de ser sometidas a arbitraje y aquéllos que no.

Son susceptibles de arbitraje, en resumen, en materia de bienes y servicios cuando estos adicionales no superen el 25% del monto de tales bienes y servicios, y tratándose de obras cuando dichos adicionales no superen el 15% del monto total del contrato original.

En los otros casos, cuando superen estos porcentajes y hasta los límites señalados por la propia Ley de

6 CAMPOS MEDINA, Alexander. «Limitación de resolver mediante arbitraje obras adicionales y mayores prestaciones en contratos de obra pública: ¿prohibición de arbitrar o licencia para incumplir?». En: Arbitraje On Line. N° 4, Lima: Boletín Jurídico del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, 2004. http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/edic_ant/4/voz_arbitro1.htm, p. 2.

7 ORTEGA PIANA, Marco Antonio. Op. cit., p. 440.

8 ÍDEM.

9 ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. Op. cit., p. 193.

10 Cabe señalar que este riesgo en relación al pago (luego de que la Entidad ordenaba la ejecución de un adicional que superaba la valla porcentual establecida por Ley), se presentaba con el artículo 42 de la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley N° 26850, que establecía lo siguiente: «[...] En el supuesto de que resultara indispensable la realización de obras adicionales por errores del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el párrafo precedente, la Entidad [...] podrá decidir autorizarlas. Para ello se requerirá contar con la autorización del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, debiendo para el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República [...]». (El subrayado es nuestro).

La norma guardaba absoluto silencio sobre cuál era la consecuencia en caso la Contraloría General de la República denegara el pago del adicional, a pesar de que el adicional ya se había ejecutado. Ello generó que luego se modificará la normativa y se estableciera que la aprobación previa de la Contraloría General de la República era no sólo para el pago del adicional, sino también para la ejecución misma del adicional.

11 ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. Op. cit., p. 189

Contrataciones y Adquisiciones del Estado, tales adicionales requerirán la aprobación previa de la Contraloría General de la República y se trata, conforme al quinto párrafo del citado artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, de materias no arbitrables.

La razón por la cual tales materias no son arbitrables es que se considera que —en tanto se trate de porcentajes mayores a los señalados, es decir, 25% en bienes y servicios y 15% en obras—, a través de estos posibles o eventuales adicionales, se podría estar modificando o alterando el Presupuesto General de la República, razón por la cual se establecen estas normas que, evidentemente, son de orden público.

En efecto, uno de los principales argumentos de la Contraloría General de la República es que las decisiones que emite en relación a los presupuestos adicionales no pueden ser materia de arbitraje, ya que con ello se podría estar modificando los montos autorizados por el organismo de control. La Contraloría General de la República refiere que los recursos invertidos por el Estado no son de libre disposición de las partes contratantes, cuando por Ley se dispone que será —precisamente— dicho organismo de control el que deberá, previamente, aprobar la ejecución y pago del adicional.

Sobre este tema, Arrarte y Paniagua¹¹ consideran que no tiene ningún sentido afirmar que si las obras adicionales exceden una valla porcentual del valor contratado, se debe tener en cuenta que los fondos involucrados son públicos y, en consecuencia, indisponibles. En efecto, si se asume que los fondos que solventan las obras públicas son del Estado, es claro que no sólo aquellos que excedan esta valla porcentual tendrán la calidad de fondos públicos, sino que esto ocurre desde el primer centavo comprometido con la obra, sin que por ello se pueda afirmar que estamos frente a un bien indisponible.

A entender de los citados autores, dicho argumento resulta más débil si se considera que este porcentaje, que supuestamente marcaría la brecha entre lo disponible y lo que no, varía cada año en función a criterios poco conocidos y razonables, al punto tal que, en el año 2003, fue del 5% del valor de la obra.

Otro de los argumentos para prohibir el arbitraje cuando se trata de controversias derivadas de las decisiones de la Contraloría General de la República sobre adicionales de obra, es la imposibilidad de arbitrar aspectos relativos al *ius imperium* del Estado. Al respecto, Ortega Piana¹² señala que resulta obvio

que en lo referente a la aprobación de adicionales no está comprometido *ius imperium* alguno, por lo que no encuentra razón suficiente que permita justificar la exclusión del arbitraje en estos casos.

Dicha posición es compartida por Campos Medina,¹³ quien sostiene que en el arbitraje para el pago de los trabajos adicionales no se discute en forma alguna el *ius imperium* del Estado, por lo que en modo alguno la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República podría prohibirlo.

El referido autor señala que nada en un eventual laudo arbitral favorable al contratista podría modificar alguna consecuencia de la decisión de la Contraloría al interior de la administración pública (su auténtico ámbito de aplicación). Por ejemplo, si en abuso de su competencia una Entidad ordena la ejecución de una obra a pesar de no contar con el presupuesto respectivo, el funcionario encargado será responsable frente al Estado por esto. Pero la Contraloría General de la República no está facultada para modificar ni denegar los derechos de un contratista nacidos del contrato de obra, mucho menos, puede convertir una prestación pactada como onerosa en gratuita. Por lo tanto, si el contratista reclama y obtiene un laudo favorable que sólo hace respetar sus derechos en el contrato en cuestión, cómo puede esto infringir el *ius imperium* del Estado.¹⁴

Sostener lo contrario, nos enfrentaría con serias contradicciones de índole práctico y legal. Por ejemplo, si la Contraloría General de la República está de acuerdo en que la obra adicional era en efecto necesaria pero deniega el pago simplemente por haberse ejecutado antes de requerirse las autorizaciones de dicho órgano de control (o por cualquier otro defecto de forma), cómo puede un laudo que reconoce al contratista el derecho al justo valor de esta obra ya ejecutada, ser contrario al *ius imperium* de la Contraloría.¹⁵

Por otro lado, Cantuarias¹⁶ señala que el argumento de que a través del arbitraje se podrían modificar los montos autorizados por la Contraloría General de la República carece de sustento, ya que la decisión de dicho organismo de control también podría ser modificada por el Poder Judicial.

Así, Emilio Cassina¹⁷ señala que recurrir a la vía judicial significa un largo proceso que recorre dos duras instancias y es factible de casación por la Corte Suprema, lo que —a su vez— irrumpiría con la finalidad de incluir una cláusula de solución de controversias en la contratación pública; a saber: la de proveer una rápida solución como es el arbitraje.

12 ORTEGA PIANA, Marco Antonio. Op. cit., p. 434.

13 CAMPOS MEDINA, Alexander. Op. cit., p. 2.

14 CAMPOS MEDINA, Alexander. Op. cit., p. 4.

15 ÍDEM.

16 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Op. cit., p. 287.

17 Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Op. cit., p. 286.

En efecto, lamentablemente la decisión del Poder Judicial demorará varios años (dados los problemas que todos conocemos) y será tomada por jueces que nada o poca experiencia tienen en esta materia.

Si el propósito fue permitir que el Estado contrate con particulares en igualdad de condiciones y, en función de ello, se determinó la pertinencia de recurrir a un mecanismo alternativo de solución de controversias, nada obsta a que los adicionales que superen cierto porcentaje, también puedan ser materia arbitrable, sin perjuicio de que para estos casos pueda disponerse que la Contraloría General de la República intervenga en los procesos arbitrales, cuando estos adicionales estén en discusión.¹⁸

Al respecto, nos parece interesante la propuesta de Cantuarias,¹⁹ quien señala que si lo que reclama la Contraloría General de la República es no poder defender —en sede arbitral— su evaluación técnica del adicional (ya que no forma parte del convenio arbitral), lo más conveniente hubiese sido una norma expresa que le permitiera participar en los procesos arbitrales como tercero coadyuvante, exclusivamente para defender sus decisiones.

Otro cuestionamiento que se hace a este tema es el relativo a la razonabilidad técnica para considerar no arbitrables los adicionales que superen el porcentaje contemplado en el segundo párrafo del artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Como sabemos, el porcentaje del adicional —cuya aprobación previa para la ejecución y pago son competencia de la Contraloría General de la República— ha variado con el transcurso de los años, fluctuando entre el 5% y el 15%.

A entender de Arrarte y Paniagua,²⁰ carece de sustento técnico colocar un porcentaje predeterminado, aplicable a todas las obras, con prescindencia de su naturaleza, y teniendo como único parámetro restricciones presupuestales uniformes.

Lo recomendable, según los citados autores, debería ser que los porcentajes de obras adicionales se establezcan tomando en consideración el tipo de obra a ejecutar. Por ejemplo, no resulta técnicamente adecuado asignar un mismo porcentaje de variación del presupuesto original (obras adicionales), a una edificación en la que razonablemente se pueden determinar todas las variables que afectarán su ejecución desde el proyecto, que a una obra de distinta

naturaleza como una obra vial o un túnel, en donde no es posible prever, desde el proyecto, todas las variables que podrían terminar afectando las actividades a realizar en su ejecución y que determinarán la necesidad de modificar el presupuesto asignado de manera inicial.

Finalmente, y sin perjuicio de todo lo anterior, debemos señalar que ante una situación de esta naturaleza, los tribunales arbitrales se podrían declarar incompetentes, ya sea a pedido de una de las partes vía excepción de incompetencia o de oficio.²¹

“(…) nada obsta a que los adicionales que superen cierto porcentaje, también puedan ser materia arbitrable, sin perjuicio de que para estos casos pueda disponerse que la Contraloría General de la República intervenga en los procesos arbitrales, cuando estos adicionales estén en discusión.”

En tal sentido, en caso no se esté de acuerdo con el pronunciamiento de la Contraloría General de la República (que denegó la aprobación del adicional), la Entidad deberá impugnar dicha decisión, a través del recurso de apelación ante la propia Contraloría General de la República (impugnación administrativa),²² e incluso podría impugnarse la decisión a través del proceso contencioso administrativo (impugnación judicial).

3. Enriquecimientos sin Causa

3.1. Conceptos Generales sobre el Enriquecimiento sin Causa

Como señalan Castillo Freyre y Molina Agui,²³ 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

18 ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. Op. cit., p. 190.

19 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Op. cit., p. 287.

20 ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. Op. cit., p. 188.

21 Recordemos que el artículo 63 de la Ley de Arbitraje establece las causales de anulación del laudo, indicando que «1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: [...] e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional [...]». (El subrayado es nuestro).

22 En el numeral 22.1. de la Directiva N° 01-2007-CG/OEA, se establece que «contra la resolución emitida por la CGR respecto a la solicitud de autorización previa a la ejecución y al pago de presupuestos adicionales de obra, la Entidad puede interponer únicamente el recurso de apelación».

23 CASTILLO 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° 2, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2009, p. 185.

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 perjudicado.

Así, Von Tuhr²⁴ 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 [...]»²⁵

En ese mismo sentido, Llambías²⁶ afirma que el enriquecimiento sin causa es fuente de la obligación de restitución denominada acción *in rem verso*, que no es otra que aquella acción que la ley confiere a toda persona que ha experimentado —sin justa causa— una disminución patrimonial contra quien se ha beneficiado injustamente por ello.

Por su parte, Ludwig Enneccerus²⁷ señala que el fundamento del enriquecimiento sin causa está en el derecho patrimonial, pues éste busca una regulación justa y equitativa de las relaciones patrimoniales, siendo el enriquecimiento sin causa una pretensión que se dirige contra el enriquecido para que entregue aquello con lo que injustificadamente se enriqueció.

A esta pretensión la denomina *condictio*, y precisa que la misma podrá dirigirse contra el enriquecido, no por el solo hecho de enriquecerse, sino que tendrán que verificarse los requisitos que «por lo regular y universalmente se asignan a esta figura jurídica: la obtención de una ventaja patrimonial que supone un enriquecimiento para quien lo consigue y un empobrecimiento para quien lo pierde, cuando dicho fenómeno se produce sin causa o injustificadamente, a pesar de lo que el Derecho, por razones de seguridad o de otro orden imperioso, se ve forzado a reconocer y concederle determinados efectos jurídicos».²⁸

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»,²⁹ mientras que el enriquecimiento sin causa puede prescindir de esos elementos.

Así también, Moisset de Espanés³⁰ 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».

En esa misma línea de pensamiento, José Lete del Río define al enriquecimiento sin causa como aquella situación en la que «una persona se beneficia o enriquece a costa de otra sin que exista una causa o razón de ser que justifique este desplazamiento patrimonial».³¹

El referido autor agrega, ya refiriéndose al enriquecimiento y al empobrecimiento, que «el aumento del valor del patrimonio del demandado puede deberse a un incremento del activo (al ser consecuencia de la adquisición de una cosa o de un derecho real o de crédito) o a una disminución del pasivo (por ejemplo: extinción de una deuda, liberación de una carga o gravamen, etc.)».³²

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.»³³ 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»,³⁴ 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?

Llambías³⁵ enumera los requisitos para que proceda

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

25 VON TUHR, Andreas. Op. cit., p. 323.

26 LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. Tratado de las obligaciones. Buenos Aires: Perrot, 1964, tomo IV-B, p. 375.

27 ENNECCERUS, Ludwig. Derecho de obligaciones. Barcelona: Bosch, 2.ª Ed., Volumen Segundo, p. 583.

28 ENNECCERUS, Ludwig. Op. cit., p. 585.

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

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

31 LETE DEL RÍO, José Manuel. Derecho de obligaciones. Madrid: Editorial Tecnos, 1998. 3.ª Ed., vol. II, p. 173.

32 LETE DEL RÍO, José Manuel. Op. cit., p. 174.

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

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

35 LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. Op. cit., p. 380.

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 Tuhr³⁶ 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.³⁷ 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. 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.³⁸

Enneccerus³⁹ 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 Tuhr⁴⁰ 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.⁴¹

En esa misma línea de pensamiento, Delia Revoredo⁴² 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.

Compartiendo la idea expuesta por los autores citados, Gustavo de los Ríos Wools⁴³ señala que el requisito del incremento patrimonial es esencial, y que este incremento puede presentarse en dos situaciones: (i) cuando se obtiene un lucro o ganancia efectiva; o, (ii) cuando se obtiene un ahorro evitando un gasto o una deuda.

Núñez Lagos,⁴⁴ al hablar de los modos de enriquecimiento, distingue un enriquecimiento positivo y un enriquecimiento negativo, señalando que en el primero se comprende no sólo el ingreso de nuevas cosas corporales, sino la transformación de las que había; mientras que el segundo lo entiende como una disminución del pasivo, es decir como una disminución del patrimonio que le ha sido evitada.

En relación al segundo de los elementos, Llambías⁴⁵ señala que el empobrecimiento, como segundo

36 VON TUHR, Andreas. Op. cit., p. 300.

37 FÁBREGA PONCE, Jorge. Op. cit., p. 51.

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

39 ENNECCERUS, Ludwig. Op. cit., pp. 586-587.

40 VON TUHR, Andreas. Op. cit., p. 300.

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

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

43 DE LOS RÍOS WOLLS, Gustavo. «El enriquecimiento sin causa». En Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi. Lima: Palestra Editores, 2008, Volumen I, pp. 544-545.

44 Citado por ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. Op. cit., p. 83.

45 LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. Op. cit., p. 385.

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».⁴⁶

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, Castillo Freyre y Molina Agui⁴⁷ consideran que debería agregarse 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.

Así también lo entiende Delia Revoredo,⁴⁸ 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.

De igual modo, resulta preciso señalar que no siempre el enriquecimiento equivale cuantitativamente al empobrecimiento, pues existen supuestos en los que (i) el enriquecimiento es mayor que el empobrecimiento, caso en el cual sólo deberá restituirse el monto empobrecido, habida cuenta de que dar más sería amparar un enriquecimiento sin causa a favor del empobrecido; y (ii) casos en los que el enriquecimiento es menor que el empobrecimiento, donde también sólo debería restituirse por el monto enriquecido, pues lo contrario sería otorgar carácter sancionador al enriquecimiento sin causa, como lo reconoce Oramas Gross,⁴⁹ quien en el último supuesto hace una excepción respecto de las sumas de dinero, pues en este caso el enriquecido deberá realizar la

restitución de la suma de dinero en igual cantidad que la que ingresó a su patrimonio enriquecido.

Para algunos autores como Fábrega,⁵⁰ la presencia del empobrecimiento es necesaria, pues éste es el fundamento de la acción y el objeto de la institución. Así, a decir del citado autor, si el empobrecimiento que sufre una persona repugna a la equidad, cuando ese empobrecimiento aparece en el patrimonio de otra persona, esa lesión a la equidad y al sentimiento de justicia y Derecho, resulta doblemente impresionante; de modo tal que la acción se dirige fundamentalmente a proteger el patrimonio de la persona cuyo patrimonio ha sido injustamente, o sin causa alguna, lesionado.

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.

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

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

47 CASTILLO FREYRE, Mario y GIANNINA MOLINA AGUI. Op. cit., p. 195.

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

49 ORAMAS GROSS. Op. cit., pp. 79 y 101.

50 FÁBREGA PONCE, Jorge. Op. cit., pp. 57-59.

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,⁵¹ esta acción solo 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, Llambías⁵² 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 Bonnacase⁵³ 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.

Eso significa que la ley peruana al igual que la generalidad de la doctrina de la tradición jurídica romano-germánica y de los códigos civiles extranjeros, cuando trata acerca del enriquecimiento sin causa le ha dado carácter supletorio. Es decir, le ha dado naturaleza subsidiaria.

3.2. ¿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 segundo párrafo del artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones 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,⁵⁴ no aprueba el adicional y la Entidad no le paga al contratista.

Como nos imaginamos, el contratista demanda a la Entidad por enriquecimiento sin causa, fundamentándose en pronunciamientos del propio OSCE.⁵⁵

La Entidad, ante dicha demanda, argumentará que el enriquecimiento sin causa no debe ser resuelto por la vía arbitral, sino que debe ser materia de conocimiento

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

52 LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. Op. cit., p. 397.

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

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

55 Así, por ejemplo, en la Opinión de Gerencia Técnica Normativa del CONSUCODE N° 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 ejecutados, 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).

de la jurisdicción ordinaria, ya que se trataría de un tema extra contractual.

Sobre el particular, Arrarte y Paniagua⁵⁶ señalan 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 y en primer lugar, debemos tener presente que existen diversas teorías que tratan de explicar el enriquecimiento sin causa; a saber:⁵⁷

- (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.

Campos Medina⁵⁸ sostiene que el enriquecimiento sin causa no es una fuente autónoma de obligaciones, sino más bien un principio abstracto que informa al Derecho Civil en general y que ha sido convertido en norma positiva (ya sea una sección específica del Código Civil o no), expresamente con el objeto de producir una obligación en quien se enriquece y un derecho subjetivo en quien se empobrece.

Al respecto, De la Cámara y Díez-Picazo⁵⁹ consideran que el enriquecimiento sin causa se funda en un principio de equidad que informa el Derecho en general (independientemente de si llegue a obtener o no el estatus de principio general del Derecho) y, en tanto ello, no puede decirse que el enriquecimiento sin causa esté limitado a una fuente específica de obligaciones.

Una primera aproximación superficial nos podría hacer pensar que el enriquecimiento sin causa no puede presentarse en el escenario contractual, en la medida de que el acuerdo de voluntades constituye, precisamente, la causa que justifica el enriquecimiento.

De hecho, ésta fue una posición bastante difundida en la doctrina antigua.⁶⁰

Sin embargo, Manuel Rebollo⁶¹ 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.

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

Ahora bien, como hemos visto en el punto 3 del presente capítulo, el inciso 1 del artículo 2 de la Ley de Arbitraje establece que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición. En tal sentido, el enriquecimiento sin causa es *per se* 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, el inciso 1 del artículo 13 de la Ley de Arbitraje establece que «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 Paniagua⁶² señalan que la respuesta a si el enriquecimiento sin causa es materia

56 ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. Op. cit., p. 197.

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

58 CAMPOS MEDINA, Alexander. Op. cit., p. 314.

59 Citados por CAMPOS MEDINA, Alexander. Op. cit., p. 313.

60 ÍDEM.

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

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

63 CAMPOS MEDINA, Alexander. Op. cit., p. 323.

64 El tema de fondo —en la vía arbitral— se puede resumir de la siguiente manera. COSAPI TRANSLEI demandó a Provias 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

arbitrable o no, dependerá del tenor del convenio arbitral. Dentro de tal orden de ideas, correspondería analizar las cláusulas arbitrales que las partes incorporan en el contrato, a efectos de determinar si ellas excluyen al enriquecimiento sin causa como materia arbitrable. Sólo en ese supuesto es que podríamos afirmar que —para el caso en concreto— una pretensión de enriquecimiento sin causa no podría ser conocida por el Tribunal Arbitral, dado que —precisamente— existe dicha exclusión.

A modo ilustrativo analicemos el siguiente modelo de cláusula arbitral:

«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° 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° 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 estaríamos frente a una materia arbitrable.

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.⁶³

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 encontraría comprendido dentro del ejemplo de convenio arbitral que hemos citado.

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, como lo hemos indicado, en virtud de lo dispuesto por el artículo 216 del Reglamento.

Esta cláusula arbitral tipo, vamos a recordarlo, 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». (El subrayado es nuestro).

En la cláusula tipo también encontramos un límite respecto de las materias arbitrables (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, sí estaríamos frente a una materia arbitrable.

Por otro lado, consideramos pertinente referirnos a la Sentencia de Casación N° 825-2006, de fecha 15 de diciembre de 2006, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, ya que —entre otros puntos— en dicha sentencia se admite que el enriquecimiento sin causa es materia arbitrable, reforzando —de esta manera— el razonamiento elaborado en los puntos precedentes.⁶⁴

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema se pronuncia sobre el recurso de casación interpuesto por el Consorcio COSAPI-TRANSLEI contra la resolución expedida por la Primera Sala Civil Sub Especializada en lo Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró fundada la demanda de anulación de laudo.

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

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.

65 El tema de fondo —en la vía arbitral— se puede resumir de la siguiente manera: Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A. demandó a Proviás 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.

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

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 incurso en la causal del inciso 7 del artículo 73, ni del inciso 4 del artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, ya que —a entender de la Corte Suprema— el enriquecimiento sin causa sí era materia arbitrable.

Ahora bien, cabe precisar que la posición de la referida Sala de la Corte Suprema no significa que exista unanimidad de criterios, ya que, por ejemplo, en la Sentencia de Casación N° 500-2007, de fecha 13 de junio de 2007, dicha Sala habría admitido que el enriquecimiento sin causa no era materia

arbitrable,⁶⁵ al declarar improcedente la casación interpuesta contra la Sentencia N° 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° 268-2006.⁶⁶

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° 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 la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado no contempla una disposición similar a la citada.

Dentro de tal orden de ideas, queda claro que en torno a las pretensiones por enriquecimiento sin causa, no existe unanimidad de criterio para considerar que los tribunales arbitrales son competentes en materia de enriquecimiento sin causa en contratación pública; y en los casos en que los tribunales se declaren competentes para conocer tales pretensiones, para que ellas se declaren fundadas, será necesario que se cumpla con todos los requisitos que la doctrina y la ley establecen para que proceda la indemnización por enriquecimiento sin causa.

Lima, septiembre del 2009