

Manual de arbitraje en contratación pública  
Primera parte

Volumen 70 Biblioteca de Arbitraje del  
Estudio Mario Castillo FrEyrE

*Arbitraje*

# Manual de arbitraje en contratación pública

Primera parte

 **Derecho & Sociedad**  
Asociación Civil

CENTRO DE  
ARBITRAJE



PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD  
CATÓLICA**  
DEL PERÚ



Universidad Católica  
**San Pablo**



**ASOCIACION  
IBEROAMERICANA  
DE DERECHO  
PRIVADO**

Estudio Mario Castillo FrEyrE

## Índice

	Página
Nota del editor	11
<b>Capítulo I</b>	
<b>Conceptos cuya arbitrabilidad se cuestiona</b>	13
Aproximaciones en torno al enriquecimiento sin causa como materia arbitrable en la Ley de Contrataciones del Estado	13
<i>Mario Castillo Freyre</i>	
<i>Rita Sabroso Minaya</i>	
El enriquecimiento sin causa en la contratación pública	43
<i>José Antonio Trelles Castillo</i>	
Indemnizaciones que se deriven de la denegatoria de adicionales de obra	77
<i>José Antonio Sánchez Romero</i>	
Algunas consideraciones sobre la indemnización por daños y perjuicios derivados de la denegatoria de adicionales de obra	95
<i>Luis Puglianini Guerra</i>	
<i>Wagner Maslucan Pilco</i>	
Adicionales de obra en la actual Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.	129
<i>Fiorella Casaverde Cotos</i>	

## EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

*José Antonio Trelles Castillo\**

Iure naturae aequum est nemine cum alterius detrimento  
et iniuria fieri locupletiolem

(Por ley natural es justo que nadie se haga más rico  
con detrimento y daño de otro)

*Digesto*

Libro 50, título 17, fragmento 206

### 1. NATURALEZA JURÍDICA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

De la Grecia del siglo VI de la era común que validó la máxima jurídica precitada, a la incorporación del *enriquecimiento sin causa* en la realidad peruana del siglo XX ha discurrido cual torrente una constante evolución doctrinaria, jurisprudencial y normativa que ha llevado a calificar al enriquecimiento como *indebido, injusto o sin causa* y, validar su exigibilidad a partir del fundamento que lo origina, siendo concebido en sus albores como precepto natural, para luego ser abordado como imposición legal, condición contractual, fuente de derecho o presupuesto principista, fórmulas históricas que han pretendido salvaguardar la esencia de la que emana, la fuente prístina de la justicia humana que obliga retornar la riqueza obtenida de manera indebida a quien haya sufrido del despojo.

El inicial dogma<sup>1</sup> de este artículo parte por reconocer que el enriquecimiento —*sin causa, indebido o injusto*, definición que abordaremos en los siguientes párrafos— es un *principio general del derecho* en la medida que su aplicación en la justicia no obedece a su positivización normativa, sino a su esencia ética y reconocimiento moral de las sociedades, que si bien puede traducirse en objetivación legislativa, no hace más que suponer el reconocimiento y declaración del principio al que se subsume.

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro inscrito en centros de arbitraje del Perú, docente y especialista en contratación pública y solución de controversias.

<sup>1</sup> «Punto esencial de una religión, una doctrina o un sistema de pensamiento que se tiene por cierto y que no puede ponerse en duda dentro de su sistema». Para el desarrollo de artículo se constituye como *dogma* el supuesto que el enriquecimiento sin causa es un principio general del derecho, y sobre esta piedra construiremos nuestra argumentación jurídica.

Esta consideración principista está enraizada en la ética humana e, incluso, nos atreveríamos a decir, en un comportamiento más primitivo,<sup>2</sup> excluido de influencias culturales y sociales, que propugna revertir el aprovechamiento de un individuo en perjuicio de otro que no se sustente en causa reconocida, conducta debida o trato justo. No obstante este reconocimiento genérico, su definición requiere de una prolija descripción, pues el determinar que el enriquecimiento deba ser *sin causa*, *indebido* o *injusto* nos podría llevar a diferentes y escarpadas sendas de argumentación jurídica, que requieran —en unos casos— de la probanza de una conducta culposa o dolosa que suponga una clara vulneración a los pactos convencionales y no únicamente a la constatación de la intromisión de una persona en un bien jurídico ajeno,<sup>3</sup> como lo ha descrito en el pasado siglo la doctrina alemana.

Desde esta perspectiva, y a nuestro entender, el enriquecimiento *injusto* requiere de una inicial convención de la definición de lo *justo* como antítesis de su valor consensuado. Así, lo *injusto* es la cruz de lo *justo* en esa moneda de uso común que cada sociedad acepta, válida y reconoce, y se distingue por oposición de lo indefendible, lo excluido, lo marginado y deplorable. Al igual que una moneda acuñada con lo virtuoso y lo pernicioso, lo *indebido*<sup>4</sup> requiere la existencia de lo debido, de lo justo, para reconocer por contraste la conducta castigable, el actuar nefasto. Por tales consideraciones, ambos supuestos los encontramos vinculados a la licitud y justicia que podría llevarnos al

---

<sup>2</sup> Se han realizado estudios en primates que demuestran una aversión natural a la desigualdad que lleva en muchos casos a la ira o la frustración ante el trato inequitativo o injusto. Para ello sería conveniente revisar el experimento con monos capuchinos. Disponible en <<https://www.youtube.com/watch?v=vUYcivwNIME>> (experimento de monos capuchino). Así también, puede revisarse las conclusiones del experimento con infantes humanos que evidencia —respecto a la existencia de similares conductas naturales— la misma aversión a la desigualdad que en los primates. Esto nos obliga a considerar no sólo la extrema similitud entre nuestras especies, sino la común distinción de elementos caracterizadores de justicia, equidad y paz social. «Nuestras ideas sobre la equidad son relativistas, más que absolutas. En muchos sentidos, abordamos la equidad como una forma de señalización social. Las personas tienden a no preocuparse por la igualdad como un principio abstracto; en cambio, usan la equidad para negociar su lugar en una jerarquía social. Y, por esa razón, estamos especialmente dispuestos a renunciar a nuestras ventajas injustas cuando existe la posibilidad de fortalecer una relación futura». Disponible en <<https://www.newyorker.com/science/maria-konnikova/how-we-learn-fairness>>.

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. *El enriquecimiento injustificado en el derecho industrial*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 3.

<sup>4</sup> Indebido, da  
1. adj. Que no es obligatorio ni exigible.  
2. adj. Ilícito, injusto y falto de equidad.

prerrequisito del juicio valorativo y probatorio de una conducta ilícita para seguidamente evaluar la exigibilidad del derecho invocado.

Por su parte, el *enriquecimiento sin causa*<sup>5</sup> aspira prescindir de esta inicial consideración ética y centrarse en la ponderación económica del desbalance enriquecimiento-empobrecimiento, la constatación de un aprovechamiento y la falta de razón o causa que la valide, elementos medulares que se podrían perturbar con un análisis ético y probatorio relativo a la conducta del enriquecido.

Así, el *enriquecimiento sin causa* se consolida como una convención contemporánea<sup>6</sup> que se incorpora en nuestro ordenamiento jurídico<sup>7</sup> como fuente de derecho y doctrinariamente se instituye como principio general de derecho al aspirar restituir al empobrecido la pérdida causada ante el hecho del aprovechamiento del enriquecido. Esta descripción del enriquecimiento *sin causa* tiene como primera premisa el carácter estrictamente económico y no analiza el aspecto volitivo de los intervinientes, subsumiéndose al ámbito patrimonial. Ahora bien, es pertinente precisar que este beneficio económico del enriquecido puede conllevar una mejora<sup>8</sup> —entendida como incremento—

---

<sup>5</sup> De conformidad con la academia, podría precisarse que el enriquecimiento con causa, se produciría bajo el supuesto de supuestos que justifiquen o validen la ejecución de una prestación, en tal sentido podría determinarse que existirían causas en los supuestos de contrato, cuasicontrato, el supuesto del delito o cuasidelito y la disposición de la ley, que, a su vez, son las fuentes de las obligaciones.

<sup>6</sup> Sin perjuicio de las disquisiciones terminológicas, debe admitirse que el *enriquecimiento injusto* es incorporado y vigente en regulaciones extranjeras, en las que no se discute necesariamente la justicia del derecho del empobrecido, aunque la viabilidad de la evaluación moral resulta posible.

<sup>7</sup> Artículo 1954.- Acción por enriquecimiento *sin causa*

Aquél que se enriquece *indebidamente* a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.

Desde nuestra interpretación, existe una desprolija descripción del enriquecimiento sin causa en el Código Civil. En primer lugar, respecto a la referencia del enriquecimiento sin causa y el enriquecimiento indebido, basado —posiblemente— en la necesidad de evitar reiterada terminología. El enriquecimiento recogido por nuestra regulación es descrito indistintamente como sin causa o indebido, y aunque su incorporación en el sistema jurídico no debería obedecer a su inclusión normativa, sino a su condición de principio general de derecho, es preciso discutir esta incongruencia para escindir los supuestos de su aplicación. Siendo ello así, el análisis valorativo del supuesto de enriquecimiento indebido pasaría por un filtro menos acucioso. En segundo lugar, el artículo 1954 determina que corresponde al empobrecido el derecho de indemnización, supuesto que es discutido respecto a la naturaleza jurídica del enriquecimiento sin causa que se condice con la compensación, hecho que es convalidado incluso en los pronunciamientos de la exposición de motivos y comentarios que son desarrollados en la Comisión Reformadora del Código Civil, como expone la jurista Delia Revoredo en su obra *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*.

<sup>8</sup> Usualmente, se reconoce que el enriquecimiento sin causa puede concretarse mediante dos formas, la primera la intromisión y la segunda de prestación. De conformidad con lo señalado

en su condición patrimonial o un mantenimiento de la misma, lo que supone un ahorro —considerado como la eliminación de un gasto— que acarrea no reducir el patrimonio preexistente.

Un elemento adicional y no muy desarrollado en la evaluación del enriquecimiento sin causa es la consideración respecto a la relación que deben tener las partes enriquecido-empobrecido en el desbalance enriquecimiento-empobrecimiento. Así podríamos determinar que la doctrina reconoce la posibilidad que se produzca un enriquecimiento sin causa incluso en las relaciones indirectas,<sup>9</sup> entendiendo éstas como la situación en que un tercero interactúa con el empobrecido —quien de buena fe ejecuta una prestación— que tiene repercusión en el patrimonio del enriquecido y no del tercero.

Si volviéramos a los bosques de Sherwood y fuéramos parte de los beneficiados por las fechorías de Robin Hood y hubiéramos recibido algunas monedas pertenecientes a los nobles por su afán heroico de darle a los que más necesitan, *¿podríamos ser demandados por los nobles vía una acción de enriquecimiento sin causa pese a que no actuamos directamente en el empobrecimiento?* Desde la interpretación del enriquecimiento sin causa indirecto se confirma que ello es así, debido a que se ha producido un beneficio patrimonial por acto de tercero —en este caso del legendario Robin Hood— y no existe *causa* que justifique o legitime el incremento patrimonial del que hemos sido parte. En tal sentido, en este ejemplo se cumpliría la primera condición del enriquecimiento sin causa.

A este inicial elemento caracterizador de naturaleza económica y de condición relacional lo acompaña un factor adicional, que exista un *real aprovechamiento* en el agente enriquecido, es decir, un beneficio del que se sirve. Este aprovechamiento del enriquecido obvia de plano la valoración culposa o

---

por Díez-Picazo, la acción de intromisión desempeña una función similar a reclamar por resarcimiento por daños y perjuicios culposamente causados; esto quiere decir que la persona se encuentra explotando indebidamente del patrimonio del empobrecido y el de prestación cuando el empobrecido de buena fe ejecuta actividades —de buena fe— a favor del enriquecido.

<sup>9</sup> Si bien los supuestos que se manejan habitualmente son los del enriquecimiento directo, la doctrina reconoce la existencia del enriquecimiento indirecto, esto es, que a partir de la acción o participación de un tercero se ha producido el enriquecimiento de uno en contraposición del empobrecimiento de otra. Así lo señala el jurista Fábrega Ponce con el ejemplo relativo al tercero que lleva —sin autorización del propietario— una vaca al veterinario para un tratamiento y se niega a efectuar el pago.

dolosa en su actuación, únicamente precisa que el bien ajeno otorgue un consecuente beneficio económico.

Si retomamos el caso anterior se tendría que comprobar que se recibieron unas monedas *sin causa justificante* y que esa tenencia ha supuesto un real aprovechamiento en nuestra condición económica.

Esto que parece de una justicia elemental y de escueta acreditación en relaciones extracontractuales originarias,<sup>10</sup> como la señalada anteriormente, es de difícil probanza en prestaciones o transferencias patrimoniales que se encuentran vinculadas a relaciones jurídicas contractuales preexistentes, entre las que se encuentran los supuestos de enriquecimiento sin causa en la contratación pública y, específicamente, el que deriva de la denegatoria de un presupuesto adicional de obra pública.

Otro aspecto caracterizador del *enriquecimiento sin causa* es que este aprovechamiento real carezca de justificación, pues no sanciona la simple redistribución patrimonial en forma inequitativa o desproporcional entre las partes, sino que ella carezca de una *causa justa*. Como es sabido, las transacciones económicas no mantienen una constante y continua equidad o proporcionalidad y, existe el supuesto, reconocido por el derecho, que una parte, a partir de su falta de conocimiento, diligencia o excesiva temeridad, decida abordarse en la ejecución de una prestación que pudiera llevarla a condiciones de pérdida del propio patrimonio, ya sea por la determinación de una oferta muy cercana a los costos prestacionales, por la poca provisión en contingencias o por la falta de conocimiento de los componentes que incorporan sus obligaciones; siendo así, en dichos supuestos no es posible sustentar el *enriquecimiento sin causa* como fundamento válido para la restitución económica, debido a que no existe un enriquecimiento injustificado ni un empobrecimiento sin causa debida, pues, por el contrario, existe una causa justificada del enriquecimiento de una parte que es el título del que derivan las prestaciones, esto es, la relación contractual. En todo caso, respecto al posible desequilibrio entre las prestaciones o inequidad entre los valores económicos

---

<sup>10</sup> Nos referimos a relaciones jurídicas que no se han derivado de contrato alguno o de relación previa, incluso excluimos los supuestos de responsabilidad precontractual, las mismas que tienen un nivel de argumentación.



de ambas, surgen los supuestos de aprovechamiento del estado de necesidad, lesión o errores en la manifestación de la voluntad como remedios incorporados en el derecho civil<sup>11</sup> que resguardan el derecho de compensación o de indemnización del afectado, de ser el caso.

Un elemento adicional en la descripción del enriquecimiento sin causa constituye su carácter *subsidiario*, en la medida que sólo se activará la acción procesal si el titular del derecho no puede utilizar otro remedio capaz de satisfacer la compensación requerida. Este carácter subsidiario se encuentra establecido en el artículo 1955<sup>12</sup> del Código Civil peruano.

Un último elemento que define el enriquecimiento sin causa es que el empobrecido tenga un título justo, esto es, que en su actuación no haya vulnerado la buena fe. En tal sentido, lo que corresponde también es analizar la actuación del empobrecido y verificar si ha cumplido con realizar una actuación de buena fe, pues como indica Díez-Picazo: «A pesar de la existencia material del empobrecimiento, la acción queda excluida en aquellos casos en que el empobrecimiento es imputable al propio demandante o proviene de una iniciativa suya que no le permite ostentar un justo título».<sup>13</sup>

Siendo así el caso, imaginemos que al llegar al estacionamiento de un cine alguien ofrece el servicio de lavado del auto, el cual se acepta bajo las condiciones básicas: agua, franela limpia y champú. Tal cual lo acordado, la persona empieza por organizar sus implementos y pide las llaves del auto para evitar el nocivo ruido de la alarma, a lo que se accede de buena fe. Horas después al regresar por el auto, éste se encuentra lavado, pulido y encerado, llantas relucientes por la silicona, aros cromados, aromatizador en el salón y butacas lavadas con champú quitamanchas. El contratado dice que el costo total

---

<sup>11</sup> Lo que resulta obvio en este extremo es que todos estos remedios se incorporan en el análisis de la relación contractual, supuesto que está excluido de la premisa del enriquecimiento sin causa.

<sup>12</sup> Artículo 1955.- Improcedencia de la acción por enriquecimiento sin causa  
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.

<sup>13</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas, 1993, cuarta edición, vol. I, p. 103.

no son los diez soles iniciales sino cien soles. *¿Podríamos considerar que de no aceptar dicho monto estaríamos ante un enriquecimiento sin causa?*

Como resulta lógico, el enriquecimiento sin causa debe incorporar en su análisis no sólo el desequilibrio producido entre las partes, sino la conducta o comportamiento de ellas respecto a dicha situación. Este principio elemental es de especial relevancia cuando las prestaciones se vinculan a un contrato público debido a que el proveedor o contratista debería conocer de manera previa las formalidades y requisitos que se necesitan para tener por celebrado un contrato o para aprobar una prestación adicional, por lo que la probanza de la buena fe en la contratación pública resulta de medular importancia para validar la exigibilidad del derecho invocado.

Finalmente, concurridos estos elementos caracterizadores del enriquecimiento sin causa, deberá procederse a determinar la cuantificación del derecho de cobro del empobrecido, es decir, el *quantum* que debería ser el valor de traslado entre el enriquecido y el empobrecido.

En la parábola bíblica de los talentos,<sup>14</sup> el rey encomienda a tres sirvientes suyos algunos bienes, a uno entregó cinco talentos, a otro dos y al último uno. Al cabo de un tiempo y a su regreso, el rey recibe del primero los cinco talentos comisionados más cinco de ganancia, del segundo los dos entregados más dos por rendimiento y del último simplemente el talento otorgado, pues lo enterró por miedo de invertir y perderlo.

Si nos alejamos de la parábola e imaginamos el supuesto que en los tres casos los sirvientes dejan de ser leales a su rey y deciden utilizar los talentos para aprovecharlos y obtener un beneficio económico, entonces la pregunta sería, *¿cuánto debería pedir el rey en la acción de enriquecimiento sin causa contra sus tres sirvientes? ¿Podría requerir únicamente la entrega de los ocho talentos (cinco, dos y uno) o demandaría los ocho talentos más los siete talentos que se produjeron como ganancia obtenida por los sirvientes que los invirtieron? ¿Podría demandar por incumplimiento de contrato respecto a los ocho talentos entregados y por enriquecimiento sin causa respecto a los siete talentos que se produjeron como ganancia?*

---

<sup>14</sup> Evangelio de Mateo (25, 14-30).

Esta distinción es la que nos llevaría a cuestionar si la naturaleza jurídica del enriquecimiento sin causa es compensatoria o indemnizatoria y si la acción es principal o residual. En el caso específico de la contratación pública veremos que incluso su ente rector no ha podido mantener una misma opinión, lo que dista del legislador del Código Civil, que ha dejado claro que su naturaleza es de carácter eminentemente compensatoria y la acción de naturaleza residual.

## **2. SUPUESTOS DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Descrito el enriquecimiento sin causa por las características precitadas, corresponde abordarlo en el marco de las relaciones jurídicas derivadas o vinculadas a la normativa de la contratación pública, para identificar los supuestos que pueden generar la posibilidad de interponer la acción por la ejecución de actividades precontractuales, contractuales o extracontractuales, siempre prestadas en el marco de la buena fe.

Desde esta perspectiva se presentan tres supuestos que podrían conllevar la activación del enriquecimiento sin causa: el primero, relativo a prestaciones que se han realizado sin el cumplimiento del procedimiento de selección o sin contrato; el segundo, por prestaciones u obligaciones contractuales ejecutadas en virtud de una relación contractual que posteriormente es declarada nula; y, el tercero, que deriva de la ejecución de prestaciones adicionales.

Respecto a los primeros dos grupos derivados de prestaciones que se han realizado sin el cumplimiento del procedimiento de selección<sup>15</sup> o sin contrato y, por prestaciones u obligaciones contractuales ejecutadas en virtud de una relación contractual que posteriormente es declarada nula, el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley n.º 30225, modificada por Decreto

---

<sup>15</sup> Para la celebración de un contrato público se requieren de formalidades adicionales a las establecidas en un contrato privado regulado por el Código Civil, por el que el simple consentimiento constituye una relación jurídica contractual. En el caso de la contratación pública se requiere: i) su formalización a través de la suscripción de la proforma del contrato o la recepción de la orden de compra u orden de servicio, por lo que puede concluirse que el otorgamiento de la buena pro no constituye la aceptación a la oferta del postor, sino que requiere de actos posteriores, el primero, relativo a su consentimiento, sea por la inacción de los posibles impugnantes o la confirmación de la misma ante el Tribunal de Contrataciones o el titular de la entidad; y, ii) el cumplimiento de la presentación de la documentación requerida por la entidad para la celebración del contrato, documentación que se encuentra incorporada en las bases estandarizadas.

Legislativo n.º 1341, establece un listado taxativo de los eventos reconocidos por el ordenamiento jurídico en los que la entidad puede —resaltamos el carácter potestativo— declarar la nulidad del contrato.

El primero de ellos se produce cuando se ha perfeccionado el contrato en contravención del artículo 11 de la ley, que incorpora los impedimentos por los que un proveedor se encuentra imposibilitado de convertirse en contratista, sea por una restricción general —con todas las entidades del Estado— o una privación específica —con un procedimiento específico o entidad—.

La ocurrencia determina que «[L]os contratos que se declaren nulos en base a esta causal no tienen derecho a retribución alguna con cargo al Estado, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios y servidores de la entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato».

Como se puede evidenciar, la declaración de nulidad del contrato desconoce la posibilidad de un *pago por prestaciones al contratista*, considerando que las prestaciones contractuales no pueden ser reconocidas por el ordenamiento jurídico; sin embargo, esto no supone que se carezca de legitimidad para accionar contra la entidad por enriquecimiento sin causa, aunque para ello —cabe recordar— debe existir un elemento esencial, el cual supone la buena fe del ejecutor de las prestaciones.

La segunda configuración de nulidad incorporada en la normativa se presenta «cuando se verifique la transgresión del principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, previo descargo». Éste es, lamentablemente, el suceso con mayor reincidencia en la realidad nacional, que se visibiliza producto de la verificación *ex post* que realiza la Administración Pública de la documentación presentada por los postores.

Siendo así, es uno de los supuestos más complejos de analizar al momento de determinar no sólo la decisión de decretar la nulidad, sino del reconocimiento de un posible derecho restitutorio del empobrecido a través del enriquecimiento sin causa, pues el abanico de las probabilidades incluye desde la presentación de documentación falsa —que en nuestra interpretación no otorgarían un derecho de cobro por la mala fe contractual— hasta el supuesto

de presentación de documentación inexacta o de difícil control y supervisión por parte del contratista, por ejemplo, las constancias de trabajo del personal, estudios y capacitación del personal propuesto, entre otros.

Estos actos se producen dentro del ámbito marcado por los extremos de la temeridad de un postor interesado únicamente en ganar un procedimiento de selección o del postor con poca diligencia y constatación de los documentos que decide incorporar en su propuesta. Ante esta situación, la entidad podrá disponer la nulidad del contrato, haciendo para ello un análisis de gestión; sin embargo, no podrá decidir respecto a la denuncia de tal situación ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, pues dicha acción resulta obligatoria.

Respecto a la decisión de disponer la nulidad del contrato, el OSCE, en la Opinión n.º 136-17/DTN, reconoce el carácter potestativo que emana de la decisión de gestión de la Administración Pública, al señalar «[C]omo se advierte, la potestad del titular de la entidad<sup>16</sup> para declarar de oficio la nulidad de un contrato, debido a la transgresión del principio de presunción de veracidad, se limita a los siguientes supuestos: (i) la presentación de documentación falsa o información inexacta durante el procedimiento de selección, como parte de la propuesta técnica; y (ii) la presentación de documentación falsa o información inexacta para el perfeccionamiento del contrato». Concluyendo: «Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado contempla la declaración de nulidad de contrato como una potestad y no como una obligación del titular de la entidad; por tanto, cuando se verifique la configuración de alguno de los supuestos regulados en el tercer párrafo del artículo 44 de la Ley, el titular de la entidad debe realizar una evaluación del caso en concreto y —en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad— determinar si ejerce, o no, la facultad de declarar nulo el contrato».

Finalmente, respecto al ámbito procedimental, debe acotarse que la modificatoria de la Ley de Contrataciones, Decreto Legislativo n.º 1341, dispone que la nulidad debe realizarse *previo descargo*, sin precisar si ocurre cuando la nulidad es dispuesta en el procedimiento de selección o con posterioridad al contrato. Al respecto, nuestra interpretación es que sólo será

---

<sup>16</sup> Cabe señalar que la potestad del titular de la entidad de declarar de oficio la nulidad de un contrato es indelegable.

requerido el descargo en el supuesto del procedimiento de selección debido a que celebrado el contrato no se aplica la Ley del Procedimiento Administrativo General, al no existir una relación administrativa, sino contractual. Así lo señala la Opinión n.º 256-2017-DTN:

En ese orden de ideas, considerando que la normativa de contrataciones del Estado (artículo 44 de la Ley) regula la declaración de nulidad de oficio del procedimiento de selección, sin establecer disposiciones contradictorias o alternativas a la prevista en el último párrafo del numeral 211.2 del artículo 211 de la LPAG, esta condición resulta aplicable de manera supletoria; en consecuencia, cuando la entidad advierta la existencia de posibles vicios del procedimiento de selección debe correr traslado al o los favorecidos con el acto administrativo emitido, para que éstos puedan pronunciarse en un plazo máximo de cinco (5) días, de forma previa a la decisión que adopte el titular de la entidad respecto de la declaración de nulidad.

Una tercera posibilidad de nulidad del contrato se presenta «cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación». Esta eventualidad constituye una afectación al principio de legalidad que regula la actuación de la Administración Pública, puesto que la decisión de suscribir el contrato con un adjudicatario que carece del consentimiento de la buena pro vulnera directamente la normativa de contratación pública debido a que el numeral 41.1 del artículo 41 de la Ley determina que «[l]as discrepancias que surjan entre la entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección y las que surjan en los procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, solamente pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación. A través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme a lo que establezca el reglamento. No se pueden impugnar las contrataciones directas y las actuaciones que establece el reglamento». Asimismo, se afecta el derecho constitucional al debido procedimiento por la vulneración al derecho de acción del impugnante, vulnera el principio de igualdad de trato y la competencia del titular de la entidad o del Tribunal de Contrataciones para resolver el recurso de apelación interpuesto en el procedimiento de selección.

El cuarto evento se presenta «[...] cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguno de los supuestos que habilitan a la contratación directa». Esta declaratoria de nulidad procura dejar sin efecto la contratación que no evidencia una real justificación para la eliminación de un procedimiento de selección y, por ende, la contratación directa de un proveedor, en desmedro de una pluralidad que pudiera ofrecer propuestas ponderables de calificación bajo los estándares de calidad y el precio. Lo que se sanciona es la actuación poco fundamentada de la entidad de eliminar la competencia de postores que pudieran otorgar eficacia y eficiencia en la valuación de propuestas de distintas, fomentando la maximización de los recursos públicos. Siendo así, podría vulnerarse el principio de transparencia, igualdad de trato y competencia, y encubrirse —con la falta de justificación— un direccionamiento en la contratación estatal.

El quinto caso determina que corresponde la nulidad del contrato «[...] cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente Ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto asumen responsabilidad los funcionarios y servidores de la entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato». Este caso se presenta cuando la contratación ha obviado las etapas preparatoria y de selección, por lo que la elección del contratista ha infringido la normativa de contratación pública.

La sexta configuración se presenta «[...] cuando se acredite que el contratista, sus accionistas, socios o empresas vinculadas, o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio indebido, dádiva o comisión en relación con ese contrato o su procedimiento de selección conforme establece el Reglamento. Esta nulidad es sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que hubiere lugar», que fuera incorporada en la modificatoria de la Ley de Contrataciones, Decreto Legislativo n.º 1341, a partir de las recientes evidencias de casos de corrupción, pero que a la fecha no se tiene referencia de aplicación en contrataciones emblemáticas, lo que no augura una existencia efectiva. El

último presupuesto se presenta «en caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo procedimiento de selección que correspondiera».

A manera de conclusión, respecto a prestaciones realizadas sin contrato o actividades precontractuales ejecutadas de manera previa a la nulidad del procedimiento de selección, consideramos que mínimamente debe acreditarse una convención informal —entre el contratista y la entidad o sus funcionarios— que haya creado convicción en el contratista de la posibilidad real y cierta de formalizar la relación contractual, todo lo que le ha permitido tener seguridad y confianza respecto a la validez de sus actuaciones.

En tal sentido, lo que debemos constatar es que el proveedor —debido a que en estos casos no podríamos llamarlo contratista— ha concretado o efectuado sus prestaciones con una consciente expectativa de formalización de un futuro contrato. Esta certeza de formalización de la relación contractual conforme a Ley es la evidencia de su buena fe.

Esta buena fe resulta imprescindible para la admisión y reconocimiento de la compensación por enriquecimiento sin causa, así lo refiere la Dirección Técnica Normativa del OSCE:

«[P]ara que se configure un enriquecimiento sin causa y, por ende, pueda ejercitarse la respectiva acción, es necesario que se verifiquen las siguientes condiciones: a) el enriquecimiento del sujeto demandado y el empobrecimiento del actor; b) la existencia de un nexo de conexión entre ambos eventos; y c) la falta de una causa que justifique el enriquecimiento».<sup>17</sup>

«En este punto, es importante precisar que un requisito adicional para que se configure un enriquecimiento sin causa en el marco de las contrataciones del Estado es que éste no sea el resultado de actos de mala fe del empobrecido.

De esta manera, la acción por enriquecimiento sin causa reconocida por el Código Civil constituye un «mecanismo de tutela para aquél que se ha visto perjudicado por el desplazamiento de todo o parte de su patrimonio en beneficio de

---

<sup>17</sup> Opinión n.º 008-11/DTN



otro. El primero, será el actor o sujeto tutelado y, el segundo, el demandado o sujeto responsable (...).<sup>18</sup>

Para el caso de prestaciones que se ejecutaron en el marco de un contrato nulo por deficiencias insubsanables en los prerequisites de la propuesta o en el acto de celebración del contrato, se podría presumir una *culpa in contraendo* por parte del contratista, en la medida que los supuestos de nulidad pueden ser de conocimiento —con la simple diligencia— al verificar el contenido de la normativa aplicable a la contratación pública y su concreción en la relación jurídica contractual.

Este supuesto general debe servir de elemento de ponderación para determinar la legitimidad para obrar del accionante que requiere el pago de una restitución por enriquecimiento sin causa al Estado respecto de prestaciones realizadas en el marco de contrato declarado nulo; por ello, consideramos que la causal que sustenta el vicio no puede ser imputable al contratista, pudiendo proceder en el caso de falta de certificación presupuestal, error en la manifestación de la Entidad, entre otros.

### **3. LA ARBITRABILIDAD DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA**

Como sabemos, el enriquecimiento sin causa se puede producir como consecuencia de actividades prestacionales que carecen de una relación jurídica contractual, lo que se podría definir como supuesto de *inexistencia de contrato* o que fueron ejecutadas bajo un contrato devenido en nulo por la vulneración del ordenamiento jurídico, lo que llamaremos supuesto de *nulidad del contrato*.

Siendo entendidas las prestaciones en ese contexto, las pretensiones procesales consecuentes podrán ser materia de pronunciamiento de un tribunal arbitral en la vía arbitral siempre que exista un convenio arbitral que le otorgue competencia para emitir un laudo arbitral definitivo y ejecutable. En tal sentido resulta imperativo que de manera previa al pronunciamiento del tribunal arbitral se constate la existencia de un convenio arbitral —en cualquiera de las formas admitidas por la normativa nacional— pudiendo ser formalizado e incorporado en el contrato mediante el intercambio de comunicaciones entre las partes a

---

<sup>18</sup> Opinión n.º 007-17/DTN

través de cualquier medio que deje constancia expresa de la intención de someter dicha controversia al fuero arbitral<sup>19</sup> o por el sometimiento de ambas al proceso arbitral.

Así las cosas, en el supuesto de *inexistencia de contrato* y, por tanto, de cláusula de solución de controversias que incluya un convenio arbitral, existe la posibilidad que éste se formalice a través del intercambio de comunicaciones entre las partes —durante o con posterioridad a la ejecución de las prestaciones— o mediante el sometimiento de ambas a un proceso arbitral a través del apersonamiento y formulación de la demanda y correspondiente contestación.

De otro lado, de encontrarnos ante el supuesto de la *nulidad del contrato*, además de los casos precedentes, podríamos insertar la existencia de la cláusula de solución de controversias que podría incluir el convenio arbitral, el mismo que mantendría su validez y eficacia en virtud del principio de separabilidad<sup>20</sup> del convenio arbitral incorporado en la Ley de Arbitraje peruana.

---

<sup>19</sup> Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral.

[...]

2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por «comunicación electrónica» se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por «mensaje de datos» se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.
6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

<sup>20</sup> Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral

El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral.

#### 4. LA ARBITRABILIDAD DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En la contratación pública es necesario y requerido el cumplimiento de ciertas formalidades para otorgar validez a la relación jurídica contractual. En la realidad peruana, se determina como requerimiento contractual la inclusión de una cláusula de solución de controversias que incluye el convenio arbitral.<sup>21</sup> lo cual posibilita el inicio de la acción arbitral como mecanismo de solución de controversias entre las partes.

Para determinar la arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa en la contratación pública debemos analizar tres posibilidades: la primera es la *inexistencia absoluta de contrato*, donde no obra convenio arbitral entre las partes, por lo que debería determinarse si es posible su celebración aplicando la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071, convalidando su existencia a partir del intercambio de comunicaciones entre las partes por cualquier medio que deje constancia expresa de la intención de someter dicha controversia al fuero arbitral o el sometimiento al proceso arbitral.

Desde el punto de vista teórico, sí es posible dicha competencia, a partir de la celebración expresa o tácita del convenio arbitral. Esta posición es confirmada en la Casación n.º 825-2006 que determina «[L]a Sala Superior, al anular el laudo, ha infringido el artículo 61 de la Ley de Arbitraje que establece que no es revisable el fondo de la controversia, no obstante a 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, de que la materia fuera sometida al arbitraje, conforme lo prevé el artículo 172, tercer párrafo del Código Procesal Civil [...]».

---

<sup>21</sup> Respecto a la naturaleza del convenio arbitral, se mantiene la discusión relativa a su naturaleza volitiva debido a que estando incorporada en la Ley se podría entender como una condición obligatoria e incluso forzosa; sin embargo, su validación puede concretarse en las condiciones de la invitación a ofertar (bases integradas) y en la oferta (propuesta) del postor, con lo que se formaliza el consentimiento de ambas partes.

La segunda eventualidad, es la *inexistencia relativa de contrato*, esto podría ocurrir ante la vigencia de un contrato en el que se requieren prestaciones adicionales sin las formalidades de ley, por lo que su pago resulta de imposible reconocimiento por la entidad. En esta situación no es que no exista un convenio arbitral, sino que el tribunal arbitral deberá determinar su competencia a partir de la interpretación de la naturaleza del enriquecimiento sin causa y de la normativa de contratación pública. Al respecto podríamos hacer referencia al pronunciamiento de la Corte Superior de Justicia que determina «[E]l enriquecimiento [indebido] sin causa constituye una fuente de obligaciones distinta al contrato que unió a las partes, no encontrándose inmersa dentro del convenio arbitral celebrado y que las decisiones que emita la Contraloría General de la República no pueden ser objeto de arbitraje». <sup>22</sup>

La tercera circunstancia se presenta ante la *nulidad de un contrato*, escenario en el que se mantiene la validez del convenio arbitral, por lo que sólo tendría que determinarse la viabilidad normativa para emitir una decisión que resuelva la controversia por enriquecimiento sin causa.

De conformidad con la Opinión n.º 37-2017/DTN del OSCE se determina que «[A]l no existir contrato y tampoco cláusula arbitral, no sería posible que las controversias derivadas de la ejecución de prestaciones ejecutadas sin vínculo contractual puedan someterse a arbitraje (salvo que con posterioridad se suscribiera un convenio arbitral), por lo que, en principio, la vía para resolver dichas controversias sería la vía civil».

En todos los casos, la discusión que surge es si se puede admitir la posibilidad de otorgar facultades competenciales a un tribunal arbitral que conoce controversias derivadas de una relación contractual respecto a materia que puede calificarse como precontractual o extracontractual. ¿Cómo podría un tribunal arbitral determinar su competencia en virtud de un convenio arbitral que se refiere únicamente a controversias contractuales? Al respecto, en la contratación pública se emitieron mayoritarios laudos arbitrales en los que se determinaba que, a partir de su naturaleza de principio general de derecho y del

---

<sup>22</sup> Corte Superior de Justicia de Lima en el caso Consorcio Acruta & Tapia Ingenieros S. A. C. - Hidroingeniería S. R. L. y Jorge Silva Urbina contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y Provías Departamental, Expediente n.º 1654-2010-Lima.

principio *in dubio pro arbitri*, podría validarse la competencia del tribunal arbitral,<sup>23</sup> es ahí cuando la doctrina arbitral peruana determinó que el enriquecimiento sin causa no derivaba de la relación contractual, sino provenía de la aplicación de un principio general del derecho y, entendiendo que el arbitraje era el mecanismo monopólico que conocía y resolvía las controversias entre las partes que se vinculaban a un contrato público, correspondía al tribunal arbitral disponer la aplicación del referido principio en la relación contractual.

Esta posición doctrinaria pierde consistencia tutelar ante la aplicación de la actual normativa de contratación pública que escinde las materias controvertidas entre los fueros arbitral y judicial; así, la normativa actual dispone que respecto a denegatoria de presupuesto adicional, la parte empobrecida podrá recurrir al fuero judicial para hacer valer el derecho solicitado. Esta reducción competencial ha tenido su origen y fundamento en las —muchas veces— arbitrarias decisiones de favorecer y reconocer pretensiones de contratistas que no se pueden sustentar en indemnizaciones, mas por el contrario evidenciaban —en muchos casos— mala fe en la ejecución de sus compromisos obligacionales.

---

<sup>23</sup> GARCÍA VALDEZ, Leandro. *Arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa en la contratación pública*. Disponible en <[https://www.derechocambiosocial.com/revista049/ARBITRABILIDAD\\_DEL\\_ENRIQUECIMIENTO\\_SIN\\_CAUSA.pdf](https://www.derechocambiosocial.com/revista049/ARBITRABILIDAD_DEL_ENRIQUECIMIENTO_SIN_CAUSA.pdf)>. Señala: «En cambio, aquéllos que reconocemos su naturaleza dual, afirmamos que, si el enriquecimiento sin causa surge de la ejecución de las obligaciones contractuales es una pretensión implícita del contrato y, por ende, del convenio arbitral. Ante la ausencia de respuesta pacífica por parte de la doctrina civil, la doctrina arbitral ya nos ha brindado la solución ante esta aparente disyuntiva irreconciliable. En primer lugar, el principio *in dubio pro arbitri* dispone que, en caso de duda, se debe asumir la postura más favorable al arbitraje, es decir, si se está ante el dilema de la arbitrabilidad de una materia, se preferirá la opción afirmativa. Por lo tanto, si las partes quisieran que una materia no sea sometida a arbitraje no se puede colegir su voluntad negativa en forma implícita, sino deberá manifestarse de manera explícita. Es decir, las partes tendrán que estipular su catálogo de materias ajenas al alcance objetivo del convenio arbitral». La premisa abordada resulta limitada al supuesto de la existencia del contrato, por tanto, no abarca la realidad del enriquecimiento sin causa, además de excluir del análisis la regulación relativa a los presupuestos adicionales y, la requerida buena fe en la ejecución de las prestaciones; sin embargo, visibiliza la línea argumentativa de árbitros que, consideraban que el convenio arbitral y en sí la relación contractual les permitía conocer todas las controversias entre las partes, presupuesto que decae en su aplicación debido a que la actual normativa de contratación pública escinde materias competenciales entre el fuero arbitral y judicial.

## 5. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Respecto a la viabilidad de reconocer el derecho de cobro del empobrecido a través de la acción por enriquecimiento sin causa en la contratación pública, se recuerda la Resolución n.º 176/2004.TC-SU del Tribunal de Contrataciones del Estado:

En este sentido, cabe señalar que, conforme al artículo 1954 del Código Civil, el ordenamiento jurídico nacional no ampara en modo alguno el enriquecimiento sin causa. En efecto, no habiéndose suscrito el contrato correspondiente, no ha existido fundamento legal ni causa justa para dicha atribución patrimonial que sustente el enriquecimiento indebido en el que ha incurrido la entidad, circunstancias que deberá ser ventilada por las partes en la vía correspondiente.

En tal sentido, se reconoce que el derecho restitutorio podrá ser accionado en *la vía correspondiente*, sin precisar que ésta deberá ser interpuesta en el fuero judicial o por el sometimiento expreso o tácito al arbitraje. En esa lógica argumentativa, la Opinión n.º 51-2012/DTN determinaba que

[E]l proveedor que se encuentre en la situación descrita bien podría ejercer la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente a efectos de requerir el reconocimiento del precio de las prestaciones ejecutadas a favor de la entidad, mediante una indemnización. Situación en la cual la autoridad que conozca y resuelva dicha acción probablemente reconocería que, en los hechos, la entidad se habría beneficiado —enriquecido a expensas del proveedor— con las prestaciones ejecutadas, y, en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento sin causa, ordenaría a la entidad no sólo reconocer el íntegro del precio de mercado de las prestaciones ejecutadas, y sus respectivos intereses, sino también las costas y costos derivados de la interposición de la acción. (El subrayado es nuestro)

En este extremo es pertinente precisar que el pronunciamiento se produjo en el marco de la normativa derogada, que no disponía que el

enriquecimiento sin causa —por lo menos el vinculado a la denegatoria de un presupuesto adicional— no podía ser materia de arbitraje.

Disponía, además, el OSCE que el futuro pago que se efectuara al empobrecido no podía ser reconocido como contraprestación, desde la perspectiva contractual y presupuestal, «Cabe precisar que el monto reconocido no podría ser considerado como pago en términos contractuales, en la medida que el pago es la consecuencia directa de una obligación válidamente contraída; ni tampoco en términos presupuestales, pues en materia presupuestal el pago constituye la etapa final de la ejecución de un gasto que ha sido válidamente devengado».

Respecto al *quantum* de lo reclamado, el OSCE indica «Ello no afecta que el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas por el proveedor a la Entidad deba considerar el íntegro del precio de mercado de tal servicio, el cual incluye la utilidad del proveedor; es decir, que el monto a ser reconocido por la entidad al proveedor sea aquél que de haberse observado las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, habría tenido el carácter de contraprestación. Esto debido a que los proveedores colaboran con las entidades para satisfacer sus necesidades de aprovisionamiento de bienes, servicios u obras a cambio del pago de una retribución —contraprestación— equivalente al precio de mercado de la prestación, el cual incluye la utilidad».

Determina, finalmente, el OSCE, en su Opinión n.º 7-2017/DTN lo siguiente: «De esta manera, para que en el marco de las contrataciones del Estado se verifique un enriquecimiento sin causa es necesario: (i) que la entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la entidad; (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, como puede ser la ausencia de contrato (o su nulidad), de contrato complementario, o de la autorización correspondiente para la ejecución de prestaciones adicionales; y (iv) que las prestaciones hayan sido ejecutadas de buena fe por el proveedor».

Siendo así, el enriquecimiento sin causa se reconoce como un remedio en los supuestos de empobrecimiento sin causa de una parte, que ha actuado de buena fe en una relación con una entidad del Estado. No obstante, su arbitrabilidad se encuentra limitada de conformidad con la actual normativa de contratación pública, Ley n.º 30225, modificada por el Decreto Legislativo n.º 1341, que dispone en el numeral 45.1 del artículo 45 lo siguiente:

La decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u 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, según corresponda, no pueden 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.

En conclusión, está habilitada la arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa en los supuestos de prestaciones precontractuales derivadas de un procedimiento de selección declarado nulo, siempre que exista sometimiento expreso o tácito al arbitraje, o por prestaciones ejecutadas en virtud de un contrato declarado nulo. De otro lado, está restringida la posibilidad del arbitraje en controversias derivadas de 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.

## **6. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PRESUPUESTO ADICIONAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

El presupuesto adicional no es más que un componente que requiere ser ejecutado para alcanzar la *finalidad del contrato* y, por tanto, su incorporación modifica las condiciones esenciales iniciales respecto a la obligación principal (mayores prestaciones) y la contraprestación (monto contractual), lo que incluso puede modificar el plazo de ejecución contractual en el supuesto que la



prestación adicional requiera un lapso mayor al pendiente para la finalización del periodo de ejecución contractual original.

El OSCE ha determinado en diversos pronunciamientos que:

[U]na vez que se perfecciona el contrato, tanto el contratista como la entidad se obligan a ejecutar las prestaciones pactadas en el dicho contrato;<sup>24</sup> siendo el cumplimiento de tales prestaciones, en la forma y oportunidad establecidas, la situación esperada en el ámbito de la contratación pública. No obstante, cabe anotar que dicha situación no siempre se verifica durante la fase de ejecución contractual, pues la configuración de determinadas circunstancias puede producir que se modifique,<sup>25</sup> por ejemplo, la cantidad de prestaciones inicialmente pactadas, ante lo cual la normativa de contratación pública ha previsto — entre otras— la figura de las «*prestaciones adicionales*»<sup>26</sup>.

Así en la Opinión n.º 038-2017/DTN se detalla: «es importante indicar que, excepcionalmente y previa sustentación del área usuaria de la contratación, la entidad puede ordenar al contratista la ejecución de prestaciones adicionales, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato». Al ser esta prestación indispensable para alcanzar la finalidad del contrato resulta obvio que su aprobación debe realizarse mientras se encuentre vigente el plazo de ejecución contractual, puesto que lo contrario sería entender que se ha podido dar la conformidad a un servicio o bien, o recibir una obra sin que se acredite la satisfacción de la necesidad pública para la cual fue ejecutada la prestación.

Respecto a la autorización y aprobación del presupuesto adicional, la normativa de contratación pública determina que procede el otorgamiento de un presupuesto adicional de hasta el 25%<sup>27</sup> del monto del contrato en relaciones

---

<sup>24</sup> El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes, de conformidad con el artículo 116 del Reglamento.

<sup>25</sup> Según el numeral 34.1 del artículo 34 de la Ley: «El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el Reglamento, por orden de la entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente».

<sup>26</sup> Opinión n.º 024-2018/DTN.

<sup>27</sup> De conformidad con el numeral 34.2 del artículo 34 de la Ley de Contrataciones del Estado: «Excepcionalmente, y previa sustentación del área usuaria de la contratación, la entidad puede

contractuales cuyo objeto es la prestación de servicios o la entrega de bienes, y hasta el 15% del monto contractual en el supuesto de relaciones contractuales cuyo objeto es la ejecución de una obra.

## 7. EL PRESUPUESTO ADICIONAL EN LA EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA

El principal percance que podrá encontrarse en la ejecución de una obra es tener en consideración que el elemento esencial con que cuenta el contratista para su ejecución es el expediente técnico, un conjunto de instrucciones, descripciones y planos de dos dimensiones que pretende —en muchos casos sin éxito— describir una obra de tres dimensiones. En esta descripción técnica de la obra se puede encontrar el principal inconveniente de la ejecución de actividades por parte del contratista.

La normativa de contratación pública ha permitido la posibilidad de la modificación de las condiciones del contrato respecto a las prestaciones que debe ejecutar el contratista; así, se considera a la prestación adicional como una condición exorbitante de la Administración Pública en la medida que es ella la única parte que puede autorizar y aprobar su ejecución.

En algunos casos se ha cuestionado la exigibilidad de la ejecución de los presupuestos adicionales en el supuesto que el contratista considere que incluso con la actualización de los precios o precios pactados no encuentra la utilidad requerida para que sea beneficiosa la ejecución. En este punto corresponde recordar que la contratación pública conlleva una serie de principios y consideraciones prevalentes al derecho contractual de las partes y que, como ocurre en otras regulaciones, se considera al contratista como un colaborador para alcanzar la finalidad pública que supone —en la mayor cantidad de los casos— la satisfacción de una necesidad pública, todo lo cual no sólo resulta

---

ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes, servicios y consultorías hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje». En armonía con lo antes expuesto, el numeral 139.1 del artículo 139 del Reglamento establece que mediante resolución previa, el titular de la entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que éstas sean necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, para lo cual debe contar con la asignación presupuestal necesaria. El costo de los adicionales se determina sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio en general o de consultoría y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de éstos se determina por acuerdo entre las partes».

una obligación de la Administración Pública, sino de los agentes del mercado interesados en su ejecución.

De conformidad con lo señalado por la normativa de contratación pública, la prestación adicional de obra es «aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional».

Desde la práctica contractual podríamos encontrar prestaciones adicionales que no se vinculan con el proyecto original, por ejemplo, la construcción de un helipuerto en un hospital que no se incluía en el expediente técnico, pero que resulta imprescindible para el servicio de emergencias o, prestaciones que llamaremos «obras o prestaciones extraordinarias», como por ejemplo, el cambio del espesor de las varillas, de columnas y demás elementos de la estructura, debido a que el terreno es más arcilloso o arenoso de lo previsto en los estudios previos.

Determinar si obras extraordinarias correspondieron a la exigencia impuesta por el contrato supone efectuar una labor comparativa entre las obras realmente ejecutadas y las impuestas por la convención. Analizadas las especificaciones técnicas especiales del proyecto y del trabajo efectivamente ejecutado por la empresa recurrente, la responsabilidad por la ejecución de lo realizado incumbe a la Administración puesto que ello, más que el empleo por parte del contratista de un método constructivo diferente, significó la realización de una obra distinta a la programada, debido a la incongruencia del proyecto, el cual fue elaborado y proporcionado por el servicio [...]. De sostenerse la tesis opuesta, vale decir, que por la confección de las obras reclamadas sólo se debe la suma alzada convenida, importaría infringir principios tales como el de buena fe que debe imperar en la celebración y cumplimiento de los contratos, el equilibrio económico que debe preservarse en todo convenio de carácter conmutativo, como el de enriquecimiento sin causa, entre otros.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Carlos Molina Zaldívar y Víctor Ríos Salas citando el Dictamen n.º 21.990 de 1986 de la Contraloría General de la República de Chile. MOLINA ZALDÍVAR, Carlos y RÍOS SALAS, Víctor. *Derecho de la construcción*. Santiago de Chile: O´print Impresores, 2016, p. 153.

Esta determinación de dos tipos de prestaciones no originarias resultan una adaptación de la regulación chilena en la que se precisa que «[E]n el ámbito de las obras extraordinarias y trabajos adicionales suele darse otra discusión entre las partes, ya no sólo respecto de si una determinada actividad es o no una obra extraordinaria, sino que también en relación a quien debe instruirla, a la oportunidad de su ejecución, y a la forma de determinación del precio de la misma».<sup>29</sup> Asimismo, los juristas detallan «[...] las posibles divergencias entre las partes pueden abordar distintos aspectos en esta materia, sobre la causa u origen de la obra extraordinaria; si ésta proviene de una modificación de proyecto ordenada por el mandante o bien de una necesidad del mismo; si verdaderamente es una obra extraordinaria o es más bien un trabajo adicional; si se trata de una obra complementaria o adicional al proyecto».<sup>30</sup> En tal sentido, consideramos que esta naturaleza de prestaciones tendría una distinción liminar con el presupuesto adicional, lo que nos permitiría crear una nueva definición normativa que nos ayude a encontrar una solución eficiente a las controversias entre las partes.

## **8. LA VIABILIDAD DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LA DENEGATORIA DEL PRESUPUESTO ADICIONAL**

En atención a la normativa antes referida, la vía para impulsar la acción de enriquecimiento sin causa por denegatoria de presupuesto adicional es el fuero judicial; sin embargo, en la práctica podemos identificar ciertas modificaciones al proyecto de construcción que se producen durante la ejecución de la obra y que —desde nuestra interpretación normativa— podrían no tener el carácter de *prestaciones adicionales*, sino de *obras extraordinarias* respecto de las cuales el constructor utiliza sus buenos oficios y técnica para una corrección o mejora del proyecto.

Utilizando la terminología chilena:

[E]ste tipo de decisiones, en todo caso, sólo corresponde evaluarlas al contratista, quien se puede encontrar con un mandante con severas carencias en materia de servicios de ingeniería, no teniendo por ejemplo un equipo capacitado o bien

---

<sup>29</sup> *Idem*, p. 141.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 137.

muy lento, cuyas demoras o incompetencias pueden también significar un trastorno mucho mayor a la obra y, por ende, al contratista, quien podría verse expuesto a demoras innecesarias, pérdida de productividad, etc.<sup>31</sup>

En tal sentido, y desde nuestra particular interpretación de los hechos, para el constructor resulta mucho más costoso suspender actividades para solicitar o considerar como presupuesto adicional algunos servicios de mejora en la ingeniería del proyecto que repercuten en la obra y que ejecutarlos resulta relevante para la vida útil del proyecto. Esto debiera producirse con la anuencia de la supervisión o la inspección de la obra e, informando oportunamente a la entidad, con lo que evidenciaría la buena fe contractual.

Estas *obras extraordinarias* —como las estamos denominando— constituirían una modificación del proyecto que permitiría alcanzar su objetivo principal, que si bien no resultan imprescindibles sí son idóneas y ventajosas para su vida útil, lo que repercute en la eficacia y eficiencia del gasto público.

## **9. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y EL PRINCIPIO DE EQUIDAD: ENTRE LOS PRESUPUESTOS ADICIONALES Y LAS OBRAS EXTRAORDINARIAS**

Desarrollada la teoría relativa a distinguir prestaciones adicionales y obras extraordinarias, podríamos precisar que las primeras incorporan prestaciones nuevas a la relación contractual, mientras que las obras extraordinarias constituyen modificaciones o variaciones a las condiciones del proyecto que resultan idóneas para la correcta ejecución de la obra.

Para el caso del enriquecimiento sin causa, la Segunda Sala Civil Subespecializada en lo Comercial de Lima ha señalado en el Expediente n.º 0118-2013-0-1817- SP-CO-02 que, si el «enriquecimiento sin causa se sustenta en el principio de equidad que informa el Derecho en general, se puede afirmar que dicha figura puede generarse tanto dentro como fuera del contrato [...]».

Siendo así, podríamos extrapolar dicho argumento y ratificar que el principio de equidad se aplica a la contratación pública, pues así lo determina la

---

<sup>31</sup> *Idem*, p. 143.

normativa especial<sup>32</sup> respecto a prestaciones contractuales. En ese sentido, si consideramos que existen *obras extraordinarias* que no constituyen prestaciones adicionales, entonces pueden considerarse dentro de la relación contractual entre las partes y con ello requerir que en la liquidación de la obra se verifiquen los reales costos de ejecución en virtud del mentado principio de equidad, respecto al cual debe existir una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad entre las prestaciones de las partes. Ahora bien, debe evidenciarse que las partidas ejecutadas no constituyen prestaciones adicionales, sino modificaciones contractuales, validadas por las partes al momento de su ejecución; teniendo al convenio arbitral y la relación contractual como marco procesal y normativo, correspondiendo la aplicación del antedicho principio, como fuente de justicia, obviando el enriquecimiento sin causa, que opera para los demás supuestos comentados.

Por ello, de existir prestaciones extraordinarias en las relaciones contractuales que han modificado el expediente original, podría salvaguardarse el derecho de pago del afectado a partir de la aplicación del principio de equidad, evidenciando su vinculación contractual originaria y la buena fe en su ejecución.

Finalmente, es pertinente precisar que la decisión del legislador de excluir el enriquecimiento sin causa del arbitraje por la no autorización o aprobación de un presupuesto adicional no obedece a una decisión doctrinaria o análisis técnico, sino a la necesidad de impedir su aprovechamiento por parte de árbitros, abogados y contratistas que movidos por mundanos intereses tataron de corrupción al arbitraje, estigmatizando este mecanismo de resolución de conflictos al igual que a todo el sistema de administración de justicia. Otro aspecto que afecta de manera transversal la ejecución de obras públicas y la consecuente admisión de prestaciones adicionales resulta ser la limitada capacidad técnica de los consultores de obras y proyectistas en la elaboración de expedientes técnicos, quienes aprovechando la utilización del sistema a suma alzada, trasladan los riesgos de inexactitudes o variabilidades en las partidas al constructor, con el consecuente peligro de afectar la continuidad y culminación de la obra. En esta realidad peruana nos resulta utópico pretender que los

---

<sup>32</sup> Equidad.- Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.

expedientes técnicos representen exactamente la realidad de la zona de ejecución y que las cantidades sean las precisas para culminar la obra, pero basta mirar la experiencia chilena para advertir que ello es posible y comprobar que es el camino que nos toca transitar para que entidad pública y constructor encuentren satisfacción y equilibrio económico entre sus prestaciones y logren alcanzar el común ánimo colaborativo de satisfacer la necesidad pública.