

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

MANUAL DE ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA
PRIMERA PARTE

© ASOCIACIÓN CIVIL DERECHO & SOCIEDAD
Av. Universitaria 1801, San Miguel, Lima
Telf. 626-2000 anexo 5390
consejoeditorial@derechoysociedad.pe - www.derechoysociedad.pe

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

© UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, Anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

© ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia
Telfs. +57 (4) 2398080
<http://www.aiddp.com/>

Primera edición, julio 2019
Tiraje: 650 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o
parcialmente, sin permiso expreso del autor.*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2019-09560

ISBN: 978-612-4400-18-6
Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Nota del editor	11
Capítulo I	
Conceptos cuya arbitrabilidad se cuestiona	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 equilibrio económico financiero en la Ley de Contrataciones del Estado: la triple restricción	151
<i>Rodrigo Freitas Cabanillas</i>	

Capítulo II

Mecanismos de solución de controversias	183
--	-----

La conciliación en las controversias con el Estado	183
<i>José Carlos Taboada Mier</i>	

Junta de Resolución de Disputas en el marco de la obra pública en el Perú	227
<i>Gustavo Paredes Carbajal</i>	

Arbitraje	273
<i>Salomé Teresa Reynoso Romero</i>	

SEGUNDA PARTE

Capítulo III

Los árbitros en la contratación pública	9
--	---

Árbitros	9
<i>Juan José Pérez-Rosas Pons</i>	

Capítulo IV

Laudo arbitral	31
-----------------------	----

El laudo arbitral	31
<i>Gino Rivas Caso</i>	

Laudos arbitrales	75
<i>Manuel Villa-García Noriega</i>	
<i>Josefina Salinas Tipiani</i>	
<i>Daniel Quintana Santa Cruz</i>	

Capítulo V**Materias recurrentes en arbitrajes en contratación pública** 109

Ampliaciones de plazo en obras 109
Carlos Antonio López Avilés

Disrupción e improductividad 129
Billy Franco Arias

La modificación unilateral de los precios unitarios 181
Emilio Cassina Rivas

Liquidación de obra 193
Ricardo Gandolfo Cortés

Alcances de las instrucciones del supervisor 213
Daniel Triveño Daza

Alcance de las instrucciones del supervisor de obra en la normativa de contratación pública 247
Ricardo Rodríguez Ardiles

Resolución contractual en la contratación con el Estado 283
Alfredo Soria Aguilar

La penalidad por cambio de personal en los contratos de supervisión de obra 307
Sherin Limas Calderón

NOTA DEL EDITOR

En el año 2018, la Asociación Civil Derecho & Sociedad nos propuso un proyecto a efectos de incorporar a la *Biblioteca de Arbitraje* una iniciativa de la propia asociación consistente en elaborar una obra colectiva que abordara los principales aspectos del arbitraje en contratación pública. Así, serían convocados diversos especialistas en la materia, a efectos de escribir sobre temas puntuales con relación a este proyecto.

El desarrollo de la obra tomó aproximadamente un año, habida cuenta de la existencia de cambios legislativos que volvieron imperativo el que los autores actualizaran sus trabajos.

Dentro de tal orden de ideas, los presentes volúmenes de la *Biblioteca de Arbitraje* (70 y 71) constituyen, como su nombre lo indica, un «Manual de arbitraje en contratación pública», habida cuenta de que el texto de la obra permite al lector tener un panorama bastante claro y pormenorizado de las diferentes materias objeto de estudio.

Aprovecho esta oportunidad para expresar mi felicitación y agradecimiento a los miembros y directivos de la Asociación Civil Derecho & Sociedad por permitirnos incluir tan importante proyecto dentro de la *Biblioteca de Arbitraje*.

Lima, mayo del 2019
Mario Castillo Freyre*

* Abogado, magíster y doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com.

CAPÍTULO I

CONCEPTOS CUYA ARBITRABILIDAD SE CUESTIONA

APROXIMACIONES EN TORNO AL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA COMO MATERIA ARBITRABLE EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

*Mario Castillo Freyre**
*Rita Sabroso Minaya***

El arbitraje es un método de solución de controversias, cuya característica fundamental es que dichas controversias son resueltas por un tercero imparcial.

* Magíster y doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre; Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde dicta el curso de Derecho de las Obligaciones. Director de las Colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. <www.castillofreyre.com>.

** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ha sido profesora de Arbitrajes Especiales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, y de Derecho de las Obligaciones y Contratos Especiales en la Facultad de Derecho de la PUCP. Abogada del Estudio Mario Castillo Freyre.

El arbitraje tiene ciertos límites y, a entender de Caivano,¹ ellos son de dos órdenes. El primero son limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico y están dirigidas a las partes, ya que implican una restricción a la autonomía de la voluntad de las mismas. De esta manera, no todas las personas pueden someter a decisión de los árbitros todas las cuestiones que deseen. El segundo son las limitaciones que las propias partes imponen y que están dirigidas a los árbitros. Se derivan, precisamente, de lo que ellas pactaron en cada caso: quiénes se sometieron a arbitraje y para qué materias.

Por su parte, Zuleta² señala que referirse al arbitraje en razón de la materia implica, entonces, determinar el alcance que las partes le dieron al pacto arbitral, bien para limitarlo a determinadas controversias, o bien para extenderlo a todas las controversias que deriven de la relación jurídica o que tengan relación con la misma.

Dentro de tal orden de ideas, para que un arbitraje pueda llevarse a cabo, respecto de determinadas materias y personas, debe examinarse el acuerdo arbitral y verificar varios presupuestos. Este acuerdo debe ser:³

- Válido en sentido material: las cuestiones sobre las que versa el arbitraje deben referirse a derechos que podían, legalmente, someterse a arbitraje (arbitrabilidad objetiva).
- Válido en sentido personal: las personas que otorgaron el acto deben haber tenido capacidad para someterse a juicio de árbitros (arbitrabilidad subjetiva).

¹ CAIVANO, Roque. «Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Grijley, 2006, n.º 2, p. 116.

² ZULETA JARAMILLO, Eduardo. «El arbitraje en razón de la materia. El arbitraje y la responsabilidad civil extracontractual». En *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis, 2005, p. 223.

³ CAIVANO, Roque. *Op. cit.*, p. 117.

- Obligatorio en sentido material: debe hacer identidad entre las cuestiones que se someten o proponen someterse a arbitraje y aquéllas para las cuales el arbitraje se pactó (alcance objetivo).
- Obligatorio en sentido personal: debe haber identidad entre quienes sean o vayan a ser parte en el arbitraje y quienes han sido parte en el acuerdo arbitral (alcance subjetivo).

A efectos del presente artículo, nos centraremos en la arbitrabilidad objetiva y, en específico, en la figura del enriquecimiento sin causa como materia arbitrable según la Ley de Contrataciones del Estado.⁴

1. CRITERIOS PARA DELIMITAR LA ARBITRABILIDAD OBJETIVA

Tradicionalmente han sido dos los criterios utilizados para delimitar las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje; a saber: (i) el criterio de libre disposición conforme a derecho; y (ii) el criterio patrimonial.

Hablar simplemente de disponibilidad como el factor clave para determinar qué derechos son o no son arbitrables es un despropósito, porque el concepto, en sí mismo, no nos dice nada. En Derecho, disponibilidad no es un concepto que tenga vida propia, sino que está en función de lo que dice la ley. Es ésta la que determinará qué derechos son disponibles y cuáles no.

Afirma Gaspar⁵ que la locución «conforme a derecho» no cabe interpretarla más que en el sentido de considerar que la determinación del concepto de disponibilidad —teniendo en cuenta su carácter variable— no puede verificarse sino atendiendo a lo que el ordenamiento jurídico

⁴ Texto Único Ordenado de la Ley n.º 30225, aprobado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF.

⁵ GASPAR, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Aranzandi, 1998, p. 89.

dispone en el momento en que dicho concepto ha de ser estimado. Es por ello que suele relacionarse la libertad de disponer con el principio de orden público, también de contenido variable e indeterminado. Por tal razón, la citada autora considera acertadamente que la abstracción del concepto de disponibilidad y su carácter variable le restan utilidad como pauta determinante del ámbito material del arbitraje. Y ello no puede sino redundar negativamente en las expectativas de operatividad que pudieran depositarse en esta institución.

Al respecto, Yáñez Velasco⁶ señala que desde hace tiempo se consideró imposible que el legislador, en un principio, o el intérprete de la ley, con posterioridad, elaborasen un listado cerrado con las materias incluidas y excluidas del arbitraje como de libre disposición. Tal cosa obligaría a repasar todo el Derecho en toda cuestión imaginable, lo que evoca el absurdo y el inagotable casuismo de épocas remotas. Y si lo que se pretende es eludir los casos particulares y plantear grupos de temas o materias concretas, igualmente serían posibles las dudas o la sugerencia de excepciones o matizaciones en algunos de esos temas o materias.

Ahora bien, en torno al criterio patrimonial, Perales Viscosillas⁷ señala que la tendencia que puede considerarse mayoritaria entre la doctrina⁰ establece que la libre disposición se refiere a la patrimonialidad de la materia; por tanto, las materias patrimoniales podrán ser objeto de arbitraje, pero no las relativas a las personas.

Por su parte, Campos Medina⁸ señala que la patrimonialidad termina siendo una forma de sustentar el concepto de libre disponibilidad, en

⁶ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 160.

⁷ PERALES VISCOSILLAS, Pilar. *Arbitrabilidad y convenio arbitral*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, p. 139.

⁸ CAMPOS MEDINA, Alexander. «La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Grijley, 2006, n.º 3, p. 320.

el sentido de que se entenderá que si el objeto de una controversia es de carácter patrimonial, entonces, es arbitrable.

Sin embargo, aunque corresponde a cada Estado señalar legalmente los derechos que, existiendo un conflicto, pueden ser objeto de arbitraje, no es menos cierto que las leyes que regulan la institución arbitral en el mundo se estructuran en razón de una técnica legislativa estándar que establece otros dos criterios para definir la arbitrabilidad de un derecho: el criterio positivo y el criterio negativo.

Se entiende por el primero el que permite a las partes someter a arbitraje los conflictos sobre derechos que la ley pone bajo su dominio, esto es, derechos sobre los que las partes tienen la autoridad de disponer libremente. Es éste, como se verá al momento de revisar la ley sobre la materia, un criterio abierto e inclusivo, pues la norma que se estructura bajo su sombra no especifica ni enumera cuáles son esos derechos de libre disposición. Por el contrario, el criterio negativo es excluyente y cerrado, en la medida en que inspira a la norma a sancionar una lista de derechos sobre los que las partes se hallan expresamente prohibidas de recurrir a la vía extrajudicial del arbitraje en caso de una controversia.

Con relación a los criterios positivo y negativo, Lohmann⁹ dice que respecto a los temas o controversias arbitrables —*criterio positivo*—, es notorio que la regla ha querido ser bastante amplia. Una enumeración siempre sugiere exclusión. Por tanto, cuando se alude a «facultad de libre disposición» ha de entenderse que el legislador ha querido emplear tales conceptos para traducir lo que es el poder decisorio y la autonomía de la voluntad. De este modo, salvo excepciones expresas —*criterio negativo*—, todo aquello que no haya quedado legalmente excluido del ámbito dispositivo, como posibilidad de libertad decisoria sobre un

⁹ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El arbitraje*. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, volumen v, pp. 61-68.

bien o derecho, todo aquello sobre lo que a su vez pueda celebrarse una transacción o renunciarse, es susceptible de arbitrase.

A nadie escapa pues que el eje para determinar qué derechos son susceptibles de arbitraje es el criterio negativo. Y esto porque sin criterio negativo, sin lista cerrada de prohibiciones, cualquier derecho podría ser arbitrable, siempre que sea de libre disposición.

2. MATERIA ARBITRABLE EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO: CRITERIO POSITIVO Y CRITERIO NEGATIVO

El artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado regula los «Medios de solución de controversias de la ejecución contractual» y aborda el tema de la «materia arbitrable» en diversos numerales, empleando el criterio positivo y negativo.

Así, inicia el tema con el numeral 45.1, estableciendo lo siguiente:

45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. [...]. Las controversias sobre la nulidad del contrato sólo pueden ser sometidas a arbitraje.

En principio, cualquier controversia sobre los aspectos señalados por el citado numeral 45.1 constituirá materia arbitrable, por lo que resulta ser una norma bastante amplia.

Sin embargo, el artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado también contempla un criterio negativo, cuando en el numeral 45.4 establece lo siguiente:

45.4 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 al 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, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente norma o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo. (El resaltado es nuestro).*

2.1. Sobre las decisiones de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales

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 Medina¹⁰ 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 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.

¹⁰ 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?». *Arbitraje On Line*. Lima: Boletín Jurídico del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, 2004, n.º 4, p. 1. Disponible en <http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/edic_ant/4/voz_arbitro1.htm>.

Al respecto, Linares Jara¹¹ 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 34 de la Ley de Contrataciones del Estado se encarga de desarrollar el tema de las «Modificaciones al contrato», estableciendo —en los numerales 34.3, 34.4 y 34.5— los porcentajes máximos del monto del contrato para la competencia y procedimiento en torno a la aprobación de prestaciones adicionales.

En ese sentido, el legislador optó por excluir expresamente —como materia arbitrable— las decisiones de la entidad o de la Contraloría General de la República en torno a prestaciones adicionales.

Uno de los principales argumentos para dicha exclusión es que las decisiones que se emiten en relación a las prestaciones adicionales no pueden ser materia de arbitraje, ya que con ello se podría estar modificando los montos autorizados por el organismo de control. Los recursos invertidos por el Estado no son de libre disposición de las partes contratantes.

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.

¹¹ LINARES JARA, Mario. «Adicionales de obra pública. Obra pública y contrato, adicionales, función administrativa, control público, arbitraje y enriquecimiento sin causa». *Revista de Derecho Administrativo*. Lima: Revista editada por el Círculo de Derecho Administrativo, 2009, n.º 7, p. 180.

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

¹² ORTEGA PIANA, Marco Antonio. «Algunas reflexiones sobre la competencia de la Contraloría General de la República respecto de los presupuestos adicionales de obra pública». *Advocatus*. Lima, 2002, n.º 7, p. 434.

¹³ 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?». *Op. cit.*, p. 2.

¹⁴ *Idem*, p. 4.

Por otro lado, Cantuarias¹⁵ señala que el argumento de que a través del arbitraje se podría 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 Cassina¹⁶ 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.

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 las prestaciones adicionales también puedan ser materia arbitrable, sin perjuicio de que para estos casos pueda disponerse, por ejemplo, como en su momento lo propusieron algunos autores,¹⁷ que la Contraloría General de la República intervenga en los procesos arbitrales, cuando estos adicionales estén en discusión.

¹⁵ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «El arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República». *Derecho & Sociedad*. Lima, 2003, n.º 21, p. 287.

¹⁶ Citado en *idem*, p. 286.

¹⁷ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y PANIAGUA GUEVARA, Carlos. «Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra». *Advocatus*, Lima, 2007, n.º 16, p. 190. Al respecto, nos parece interesante la propuesta de Cantuarias, quien señalaba 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

Pues bien, el criterio negativo empleado por el legislador, no sólo se centró en las decisiones de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, sino que también incorporó en dicha exclusión a las pretensiones sobre enriquecimiento sin causa que se deriven u originen en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o en su aprobación parcial.

2.2. Enriquecimientos sin causa

2.2.1. Conceptos generales sobre el enriquecimiento sin causa

Como señalan Castillo Freyre y Molina Agui,¹⁸ la doctrina considera a la teoría del enriquecimiento sin causa como uno de los aciertos más notables de la técnica jurídica, pues sin duda alguna lo que se pretende amparar con tal figura son —precisamente— todos los casos de enriquecimiento sin causa que pasaron inadvertidos al legislador, motivo por el cual los afectados no encuentran remedio alguno en la norma; pero, no obstante ello, los principios de la moral, la equidad, la justicia y la eficiencia no aceptan que exista una persona que se beneficie a expensas de otra, sancionando así tal situación a través de la acción de enriquecimiento sin causa que se otorga al perjudicado.

Así, Von Tuhr¹⁹ señala que el enriquecimiento sin causa es otra fuente de obligaciones, como lo son el contrato y los delitos. Agrega que

arbitrales como tercero coadyuvante, exclusivamente para defender sus decisiones. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «El arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República». *Op. cit.*, p. 287.

¹⁸ CASTILLO FREYRE, Mario y MOLINA AGUI, Giannina. «Tienes más, tengo menos. Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del enriquecimiento sin causa». *Jus Doctrina & Práctica*. Lima: Grijley, 2009, n.º 2, p. 185.

¹⁹ VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Traducido del alemán y concordado por W. Roces. Madrid: Reus, 1934, tomo I, p. 299.

esta fuente de obligaciones otorga al empobrecido la acción y el derecho a reclamar la restitución del enriquecimiento.²⁰

En ese mismo sentido, Llambías²¹ 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 Enneccerus²² 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».²³

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

²⁰ *Idem*, p. 323.

²¹ LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Perrot, 1964, tomo IV-B, p. 375.

²² ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch, segunda edición, volumen segundo, p. 583.

²³ *Idem*, p. 585.

enriquece a costa de otra tenga carácter ilícito. Esto, debido a que «el hecho ilícito requiere siempre del dolo o culpa del obligado»,²⁴ mientras que el enriquecimiento sin causa puede prescindir de esos elementos.

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».²⁵ 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»,²⁶ 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 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?

Llambías²⁷ enumera los requisitos para que proceda la acción de indemnización por enriquecimiento sin causa, siendo tales requisitos, los siguientes:

- (i) El enriquecimiento del demandado.
- (ii) El empobrecimiento del demandante.
- (iii) La relación causal entre esos hechos.

²⁴ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. «El pago indebido y el enriquecimiento sin causa». *Actualidad Jurídica*. Lima, 2002, tomo 99, p. 11.

²⁵ FÁBREGA PONCE, Jorge. *El enriquecimiento sin causa*. Panamá: Editora La Estrella, p. 58.

²⁶ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario. *Op. cit.*, p. 11.

²⁷ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, p. 380.

- (iv) La ausencia de causa justificante del enriquecimiento.
- (v) La carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio.

En relación al primer requisito, Von Tuhr²⁸ 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.²⁹ 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).³⁰

²⁸ VON TUHR, Andreas. *Op. cit.*, p. 300.

²⁹ FÁBREGA PONCE, Jorge. *Op. cit.*, p. 51.

³⁰ CASTILLO FREYRE, Mario y MOLINA AGUI, Giannina. *Op. cit.*, p. 191.

Enneccerus³¹ 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 Tuhr³² 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.³³

En esa misma línea de pensamiento, Delia Revoredo³⁴ afirma que el enriquecimiento sin causa debe entenderse en sentido amplio, es decir,

³¹ ENNECCERUS, Ludwig. *Op. cit.*, pp. 586-587.

³² VON TUHR, Andreas. *Op. cit.*, p. 300.

³³ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio. *El enriquecimiento sin causa*. Madrid: Universidad de Santiago de Compostela, 1979, p. 83.

³⁴ REVOREDO MARSANO, Delia. «Enriquecimiento sin causa». En *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*. Lima: Okura Editores, 1985, tomo iv, pp. 778-779.

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 Wools³⁵ 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,³⁶ 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, Llambías³⁷ señala que el empobrecimiento, como segundo requisito de la acción por enriquecimiento sin causa, consiste en el menoscabo de orden patrimonial que el empobrecido padece, sea por un daño emergente o por un lucro cesante.

La doctrina no es del todo pacífica cuando se refiere al empobrecimiento como un elemento necesario para la procedencia de la acción por enriquecimiento sin causa, pues a decir de unos, la persona que no se ha empobrecido no tiene interés porque nada ha perdido, por lo que para ese sector de la doctrina es necesario que «a un enriquecimiento,

³⁵ DE LOS RÍOS WOLLS, Gustavo. «El enriquecimiento sin causa». En *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Lima: Palestra, 2008, volumen 1, pp. 544-545.

³⁶ Citado por ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Op. cit.*, p. 83.

³⁷ LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, p. 385.

le corresponda cualitativamente y no cuantitativamente, un empobrecimiento de otro patrimonio».³⁸

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 Agui³⁹ 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.

Es del mismo parecer Delia Revoredo,⁴⁰ 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 resti-

³⁸ ORAMAS GROSS, Alfonso. *El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones*. Bogotá: Nomos, 1988, p. 78.

³⁹ CASTILLO FREYRE, Mario y MOLINA AGUI, Giannina. *Op. cit.*, p. 195.

⁴⁰ REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, p. 778.

tuirse por el monto enriquecido, pues lo contrario sería otorgar carácter sancionador al enriquecimiento sin causa, como lo reconoce Oramas Gross,⁴¹ 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,⁴² 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.

⁴¹ ORAMAS GROSS, Alfonso. *Op. cit.*, pp. 79 y 101.

⁴² FÁBREGA PONCE, Jorge. *Op. cit.*, pp. 57-59.

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 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,⁴³ esta acción sólo procede cuando no es posible accionar por otro motivo, ya que existen casos en los que el enriquecimiento carece de causa y respecto a los cuales cabe ejercer una acción distinta a la del enriquecimiento sin causa. El empobrecido, en estos casos, cuando dispone de otra acción, no tiene opción para elegir entre los dos precedentes.

⁴³ REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, pp. 778-779.

En la misma línea, Llambías⁴⁴ 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 Bonnecase⁴⁵ 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 ésta 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?

⁴⁴ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, p. 397.

⁴⁵ BONNECASE, Julien. *Elementos del derecho civil. Derecho de obligaciones*. Puebla: Biblioteca Jurídico-Sociológica, 1945, tomo II, pp. 313-314.

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.

Dentro de tal orden de ideas, el enriquecimiento sin causa es, tal vez, la última puerta a la que se puede recurrir como perjudicado o empobrecido para tratar de lograr justicia.

2.2.2. El enriquecimiento sin causa como materia no arbitrable en la Ley de Contrataciones del Estado

Antes de que el legislador optara por la exclusión expresa del enriquecimiento sin causa como materia arbitrable, existían opiniones contrapuestas.

Imaginemos que la entidad ordenaba al Contratista ejecutar un determinado adicional de obra que superaba el 15% del monto originalmente pactado.

Como sabemos, para ello la entidad requería —tal como es también hoy en día— 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— ordenaba al contratista y éste ejecutaba el adicional. En tal sentido, la Contra-

loría General de la República, obviamente, no aprobaba el adicional y la entidad no le pagaba al contratista.

Como nos imaginamos, el contratista demandaba a la entidad por enriquecimiento sin causa, fundamentándose en pronunciamientos que, por ejemplo, existían del propio OSCE.⁴⁶

La entidad, ante dicha demanda, argumentaba que el enriquecimiento sin causa no debía ser resuelto por la vía arbitral, sino que debía ser materia de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, ya que se trataría de un tema extra contractual.

Sobre el particular, Arrarte y Paniagua⁴⁷ señalaban que nada obsta a que las partes se puedan enriquecer indebidamente, por ejemplo, al beneficiarse con prestaciones ejecutadas y respecto de las cuales no existió acuerdo sobre el precio. Lo mismo podría ocurrir en los casos en que los contratos sean declarados nulos, pese a lo cual existen prestaciones que fueron ejecutadas y que deben ser pagadas o resarcidas.

⁴⁶ Así, por ejemplo, en la Opinión de Gerencia Técnica Normativa del Consucode n.º 64-2002-GTN, se señalaba 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 resaltado es nuestro).

⁴⁷ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y PANIAGUA GUEVARA, Carlos. *Op. cit.*, p. 197.

Al respecto, y en primer lugar, debemos tener presente que existen diversas teorías que tratan de explicar el enriquecimiento sin causa; a saber:⁴⁸

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

Campos Medina⁴⁹ 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-Picazo⁵⁰ 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.

⁴⁸ CAMPOS MEDINA, Alexander. «La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos». *Op. cit.*, p. 311.

⁴⁹ *Idem*, p. 314.

⁵⁰ Citados en *idem*, p. 313.

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.⁵¹

Sin embargo, Manuel Rebollo⁵² 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, el inciso 1 del artículo 2 del Decreto Legislativo 1071 (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.

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² REBOLLO PUIG, Manuel. *El enriquecimiento injusto de la administración pública*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 270.

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 resaltado es nuestro).

Sobre este tema, Arrarte y Paniagua⁵³ señalan que la respuesta a si el enriquecimiento sin causa es materia arbitrable o no, dependía del tenor del convenio arbitral.

Dentro de tal orden de ideas, antes de que existiera la exclusión expresa contemplada en el numeral 45.4 de la Ley de Contrataciones del Estado, correspondía analizar las cláusulas arbitrales que las partes incorporaban en el contrato, a efectos de determinar si ellas excluían al enriquecimiento sin causa como materia arbitrable. Sólo en ese supuesto es que podíamos afirmar que —para el caso en concreto— una pretensión de enriquecimiento sin causa no podía ser conocida por el Tribunal Arbitral, dado que —precisamente— existía dicha exclusión.

A modo ilustrativo, analicemos el siguiente modelo de cláusula arbitral (siempre partiendo de la premisa de que nos encontramos en un escenario previo a la actual Ley de Contrataciones del Estado):

«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 aquéllas referidas en el Artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control de la

⁵³ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y PANIAGUA GUEVARA, Carlos. *Op. cit.*, p. 195.

Contraloría General de la República, Ley n.º 27785 y demás que por su naturaleza sean excluidas por ley». (El resaltado 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 aquéllas referidas en el artículo 23 de la Ley n.º 27785).

Dentro de tal orden de ideas, si las controversias sobre enriquecimiento sin causa surgían después de la celebración del Contrato y, en tanto, el enriquecimiento sin causa no se había excluido, en nuestro ejemplo, sí estábamos frente a una materia arbitrable.

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

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

Por otro lado, consideramos pertinente referirnos a la Sentencia de Casación n.º 825-2006, de fecha 15 de diciembre de 2006, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, ya que —entre otros puntos— en dicha sentencia se admitió que el enriquecimiento sin causa era materia arbitrable, reforzando —de esta manera— el razonamiento elaborado en los puntos precedentes.⁵⁴

⁵⁴ El tema de fondo —en la vía arbitral— se puede resumir de la siguiente manera. Cosapi-Translei demandó a Provías Departamental para que ésta le pague el valor de las obras realizadas, como consecuencia de trabajos de emergencia. Dichas obras fueron ordenadas por la entidad, pero al superar cierto porcentaje, se requie-

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema se pronunció 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 señalaba que la resolución que declaró fundada la demanda de anulación de laudo, consideraba que «[...] la pretensión de enriquecimiento ilícito es, por definición, extraña a la relación contractual que pueda existir entre las partes, por tal motivo los convenios que puedan afectar a ésta no resultan aplicables a aquélla». Asimismo, la resolución de primera instancia señalaba que «[...] al sustentar su competencia en un convenio arbitral que no lo facultaba para resolver una materia jurídicamente extraña al contrato, el Árbitro Único ha lesionado el derecho a un debido proceso [...]».

Sin embargo, el considerando octavo de la Sentencia de Casación señalaba 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

ría la aprobación de la Contraloría General de la República. Dicha aprobación nunca se presentó y, por ende, la entidad nunca pagó al demandante por las referidas obras. En tal sentido, el argumento de Cosapi-Translei consistió en que la entidad se había enriquecido sin causa, a costa del demandante. Mediante laudo de fecha 7 de julio de 2005, el árbitro único declaró fundada la demanda, al considerar que el enriquecimiento sin causa era una controversia de índole contractual, sobre la cual las partes tienen libre disposición.

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 resaltado 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 significaba que existiera unanimidad de criterios, ya que, por ejemplo, en la Sentencia de Casación n.º 500-2007, de fecha 13 de junio de 2007, dicha Sala señaló que el enriquecimiento sin causa no era materia arbitrable,⁵⁵ al declarar improcedente la casación interpuesta contra la Sentencia n.º 25, de fecha 18 de septiembre de 2006, emitida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente n.º 268-2006.⁵⁶

⁵⁵ El tema de fondo —en la vía arbitral— se puede resumir de la siguiente manera: Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A. demandó a Provías Departamental para que ésta le pague el valor de obras adicionales que superaban el porcentaje establecido en la Ley para la autorización de la Contraloría General de la República. En tal sentido, la demandante exigía el pago de dichos adicionales por concepto de enriquecimiento sin causa. Mediante laudo de fecha 15 de diciembre de 2005, el tribunal arbitral declaró fundada la demanda, al considerar que el enriquecimiento sin causa sí era materia arbitrable.

⁵⁶ Dicha sentencia declaró fundada la demanda de anulación de laudo arbitral, declarando inválido el laudo arbitral emitido y restableciendo la competencia del Poder Judicial.

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 resaltado 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.

Pues bien, dichas opiniones contrapuestas e han superado con la exclusión expresa contemplada por el citado numeral 45.4. de la Ley de Contrataciones del Estado.⁵⁷

En el fondo, podemos estar o no de acuerdo con dicha exclusión; sin embargo, consideramos que siempre es mejor que se haya establecido un único criterio.

Entendemos que el legislador tenía la opción de no decir nada sobre el enriquecimiento sin causa derivado u originado en las decisiones de la entidad o de la Contraloría General de la República sobre prestaciones adicionales; pero ello hubiese implicado seguir manteniendo presente la discusión relativa a su procedencia o improcedencia, tanto a nivel doc-

⁵⁷ Texto Único ordenado de la Ley n.º 30225, aprobado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF.

trinario como a nivel de laudos arbitrales y a nivel judicial (en los casos de anulación de laudos).

Asimismo, entendemos que la decisión del legislador a favor de esta opción (que excluye la figura bajo comentario) no ha sido fácil.

En efecto, en el último párrafo del artículo 56 del Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado n.º 1490/2007-PE, se establecía que «*el ejercicio de la acción por enriquecimiento indebido se hará prevalecer en sede judicial*». Sin embargo, dicho extremo del Proyecto de Ley no prosperó y el Decreto Legislativo n.º 1017 (anterior Ley de Contrataciones) no lo incorporó. Es recién con la Ley n.º 30225 que ya el tema resulta claro.

Ahora bien, se debe precisar que el numeral 45.4 de la Ley de Contrataciones —al ser una norma restrictiva— no puede ser aplicado por analogía. Es decir, la exclusión únicamente se refiere a la figura del enriquecimiento sin causa derivado u originado en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o en la aprobación parcial de prestaciones adicionales.

Ello implica que, si hoy en día, un contratista demanda enriquecimiento sin causa derivado u originado en otro tema relativo a la ejecución del contrato, se deberá analizar el alcance objetivo del convenio arbitral para determinar si tal pretensión es o no materia arbitrable. Y en los casos en que los tribunales sean competentes para conocer tales pretensiones, para que ellas se declaren fundadas, será necesario que se cumpla con los requisitos que la doctrina y la ley establecen para que proceda la indemnización por enriquecimiento sin causa.

EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

José Antonio Trelles Castillo *

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

(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.

* 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.

El inicial dogma¹ 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.

Esta consideración principista está enraizada en la ética humana e, incluso, nos atreveríamos a decir, en un comportamiento más primitivo,² 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

¹ «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.

² 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=vUYcivwNlME>> (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>>.

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,³ 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, valida 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*⁴ 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 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*⁵ 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

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

⁴ Indebido, da

1. adj. Que no es obligatorio ni exigible.

2. adj. Ilícito, injusto y falto de equidad.

⁵ 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.

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 contemporánea⁶ que se incorpora en nuestro ordenamiento jurídico⁷ 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

⁶ 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.

⁷ 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 indevido, basado —posiblemente— en la necesidad de evitar reiterada terminología. El enriquecimiento recogido por nuestra regulación es descrito indistintamente como sin causa o indevido, 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 indevido 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*.

conllevar una mejora⁸ —entendida como incremento— 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,⁹ 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 produ-

⁸ 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 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.

⁹ 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.

cido 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 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,¹⁰ 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 de-

¹⁰ 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.

recho, 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 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 civil¹¹ 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 1955¹² 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

¹¹ 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.

¹² 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.

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».¹³

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 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

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

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,¹⁴ 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?*

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.

¹⁴ Evangelio de Mateo (25, 14-30).

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 selección¹⁵ 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

¹⁵ 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.

30225, modificada por Decreto 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 entidad¹⁶ 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

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

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 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 adjudicata-

rio 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 el Tribunal de Contrataciones del Estado en su Resolución n.º 176/2004.TC-SU:

[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».¹⁷

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 otro. El primero, será el actor o sujeto tutelado y, el segundo, el demandado o sujeto responsable [...]».¹⁸

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

¹⁷ Opinión n.º 008-11/DTN.

¹⁸ Opinión n.º 007-17/DTN.

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 través de cualquier medio que deje constancia expresa de la intención

de someter dicha controversia al fuero arbitral¹⁹ 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

¹⁹ 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.

del principio de separabilidad²⁰ del convenio arbitral incorporado en la Ley de Arbitraje peruana.

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.²¹ 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 cualquier medio que deje constancia expresa de la inten-

²⁰ 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.

²¹ 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.

ción 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 Provias 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 [...]».

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».²²

²² 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 Provias Departamental, Expediente n.º 1654-2010-Lima.

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] 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 principio *in dubio pro arbitri*, podría validarse la competencia del tribunal arbitral,²³ es ahí

²³ GARCÍA VALDEZ, Leandro. *Arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa en la contratación pública*. Disponible en <https://www.derechoycambiosocial.com/revista/049/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

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.

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 resaltado 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;²⁴ 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,²⁵ 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».²⁶

²⁴ 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.

²⁵ 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».

²⁶ Opinión n.º 024-2018/DTN.

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%²⁷ del monto del contrato en relaciones 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.

²⁷ 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 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».

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 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, signifique 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.²⁸

Esta determinación de dos tipos de prestaciones no originarias resultan una adaptación de la regulación chilena en la que se precisa que

²⁸ 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.

«[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».²⁹ 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».³⁰ 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.

²⁹ *Idem*, p. 141.

³⁰ *Idem*, p. 137.

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 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.³¹

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 ex-

³¹ *Idem*, p. 143.

traordinarias 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 normativa especial³² 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, corresponde 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

³² 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.

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 del arbitraje el enriquecimiento sin causa 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 fueron movidos por mundanos intereses y que los mismos afectan hoy la tutela efectiva de quienes actúan de buena fe en la ejecución de sus actividades.

INDEMNIZACIONES QUE SE DERIVEN DE LA DENEGATORIA DE ADICIONALES DE OBRA

*José Antonio Sánchez Romero**

1. BREVE EXPLICACIÓN DEL ADICIONAL DE OBRA: ¿QUÉ ES?

Uno de los temas más recurrentes en la contratación pública son los adicionales de obra. Constantemente se aprecia en los arbitrajes que los contratistas reclaman como una de sus pretensiones los adicionales de obra. Pero ¿qué es un adicional de obra?

Un adicional de obra es una prestación de carácter excepcional que no está considerada en el contrato original ni en el expediente técnico, 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. Dicho significado lo encontramos en el «Anexo de definiciones» del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Estando a lo señalado, revisaremos cuáles deben ser las características de un adicional de obra.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestro en Derecho Civil. Doctorando en Derecho en la Universidad de San Martín de Porres. Profesor del curso Contrataciones del Estado en diversas universidades.

2. CARACTERÍSTICAS DE UN ADICIONAL DE OBRA

De acuerdo a la definición antes señalada, las características de un adicional de obra son las siguientes:

- Son de naturaleza *excepcional*, es decir, su realización resulta indispensable para lograr la finalidad de la obra.
- Al ser adicionales, no se encuentran dentro del expediente técnico.
- El adicional de obra genera un presupuesto adicional.
- Es una causal de ampliación de plazo, siempre que modifique la ruta crítica.¹

3. ¿POR QUÉ SE RECLAMA UN ADICIONAL DE OBRA?

Como se señala en la definición del adicional de obra, dicho adicional resulta *indispensable* para lograr la *finalidad* de la obra. Una obra, ya sea en educación, saneamiento o carreteras, se requiere que sea terminada dentro de los plazos establecidos contractualmente, para que pueda satisfacer una necesidad vinculada al cumplimiento de sus funciones; de lo contrario, una obra paralizada, no terminada, causaría un perjuicio al Estado y a la población que no va a recibir un determinado servicio.

¹ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado - Decreto Supremo n.º 350-2015-EF:

Artículo 169.- Causales de ampliación de plazo

El contratista puede solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes causales ajenas a su voluntad, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud de ampliación:
[...]

2. Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiere otorgado.

[...].

Pero ¿en qué consiste la *finalidad* que persiguen las entidades? Al respecto, la Opinión n.º 136-2015/DTN señala que «La finalidad que persiguen las entidades cuando realizan sus contrataciones consiste en que la prestación (bien, servicio u obra) sea ejecutada de tal manera que permita satisfacer plenamente una necesidad en particular».

Por ejemplo, el Ministerio de Educación requiere la construcción de un colegio en la ciudad de Arequipa debido a que las construcciones escolares están en riesgo por su antigüedad y la población escolar ha aumentado considerablemente. Pues bien, se construye un pabellón de dos pisos en el colegio, pero en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva o en el presupuesto de obra no aparece la escalera que comunica el primer con el segundo piso. ¿Cómo subirán los escolares a las aulas del segundo piso? Resulta obvio que dicha obra no cumple con su finalidad, pues los alumnos no podrán recibir la enseñanza escolar en el segundo piso. Entonces, ¿qué debe solicitar el contratista? Un adicional de obra para la construcción de la escalera.

Es más, por diversas razones, también pueden existir adicionales debido a las modificaciones de planos de las instalaciones sanitarias del sistema de calentamiento de agua, producto de las deficiencias del expediente técnico, siendo aprobado en este caso por Resolución Ministerial n.º 087-2014-Minedu, de fecha 3 de marzo de 2014².

4. DIFERENCIA ENTRE ADICIONAL DE OBRA Y OBRA NUEVA

Existen situaciones en que los contratistas confunden entre un adicional de obra y una obra nueva, lo cual puede generar, en el segundo de los casos, una denegación por parte de la entidad.

² Disponible en <http://sistemas06.minedu.gob.pe/sinadmed_1/resolucionesexternas/consultanormas.aspx>. Consulta 12/06/2018.

Hemos señalado que el adicional de obra no está considerado en el expediente técnico ni en el contrato original, pero su realización es de naturaleza *excepcional y necesaria* para lograr la finalidad de la obra.

Una obra nueva es la no considerada en el expediente técnico ni en el contrato original, cuya realización *no es* indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento al objetivo de la obra principal. Esta prestación de obra nueva se ejecuta mediante un nuevo contrato.

Un ejemplo de obra nueva se presenta cuando en un colegio, el contratista solicita la construcción de una *piscina* que no está en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva o presupuesto de la obra. Resulta obvio que dicha piscina es una obra nueva, pues no resulta necesaria para concluir la construcción del colegio y brindar el servicio educativo a los estudiantes.

5. COMPARACIÓN DEL MARCO LEGAL ANTERIOR CON EL ACTUAL

Respecto de las indemnizaciones que se deriven de la denegatoria de adicionales de obra, es un tema que ha variado sustancialmente con relación al ente encargado de conocer dicha controversia. Antes, las indemnizaciones eran conocidas en sede arbitral y/o en el Poder Judicial; ahora, por mandato legal, deben ser conocidas únicamente por el Poder Judicial.

Pero a fin de continuar con el análisis, debemos señalar los dos supuestos de adicionales de obra que señala el artículo 34 de la Ley n.º 30225:

Artículo 34.- Modificaciones al contrato

[...]

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

Para tal efecto, los pagos correspondientes son aprobados por el titular de la entidad.

En el supuesto que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato o por causas no previsibles en el expediente de obra y que no son responsabilidad del contratista, *mayores a las establecidas en el párrafo precedente 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 puede decidir autorizarlas. Para ello se requiere 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 con los recursos necesarios*. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emite previa al pago. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del titular de la entidad. Alternativamente, la entidad puede resolver el contrato, mediante comunicación escrita al contratista.

Pues bien, ante dicho marco jurídico, ¿la decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República podía ser sometida a arbitraje? Legislativamente, no era posible someter a arbitraje. Así, tenemos que el artículo 41.5 del Decreto Legislativo n.º 1017 señalaba que 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 arbitraje*. De igual manera, la Ley n.º 30225 señalaba en su artículo 45.1 señalaba casi el mismo texto normativo, pero al arbitraje le adicionaba *la conciliación y la Junta de Resolución de Disputas*.

Luego se promulga el Decreto Legislativo n.º 1341, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 7 de enero de 2017, en cuyo segundo párrafo del artículo 45.1 señala el mismo texto antes de la modificatoria. Entonces ¿qué pasó con dicho Decreto Legislativo n.º 1341 respecto de las indemnizaciones que se deriven de la denegatoria de adicionales de obra?

El tema es que antes de dicha modificatoria, si bien es cierto la denegatoria de los adicionales de obra no eran arbitrales, los contratistas encontraron otros medios jurídicos para reclamar en sede arbitral el mayor gasto que tuvieron en la ejecución de la obra. Así, se procedía a demandar por enriquecimiento sin causa, indemnización por daños y perjuicios o mayores gastos.

En efecto, los contratistas debían buscar una manera de hacer efectivo el cobro de los mayores gastos que tuvieron en la ejecución de la obra; de lo contrario, se verían perjudicados económicamente al no tener una acción para poder resarcirse por dichos gastos.

Lo antes señalado tiene una razón de ser. En las contrataciones del Estado existe el principio de *equidad* que señala que las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicios de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general. Estando a dicho principio, ¿el contratista debería verse perjudicado por la ejecución de un adicional de obra? Analicemos el caso desde dos puntos de vista.

El primero es el del contratista. Señala que ejecutó un adicional de obra que posteriormente le fue denegado. Cómo recupera el gasto realizado en dicha ejecución: la práctica de los contratistas refiere que vía enriquecimiento sin causa o indemnización por daños y perjuicios.

Respecto a este punto, no debemos perder de vista la *Opinión n.º 100-2017/DTN* referida a la procedencia del pago de prestaciones adi-

cionales de obra ejecutadas sin autorización. La consulta efectuada era la siguiente:

¿Resultaría válido legalmente que la entidad, en una decisión de gestión de exclusiva responsabilidad, opte por reconocer directamente las prestaciones adicionales de obra ejecutadas sin previa autorización, ello en lugar de esperar que la otra parte (empobrecido) recurra al Poder Judicial, pues considerando esencialmente razones de costo-beneficio, resultaría más favorable evitar el tiempo que demoraría el proceso judicial, así como el posible pago de intereses e indemnizaciones que denotarían un mayor perjuicio económico para el Estado?

La opinión concluye con dos criterios sumamente importantes para los contratistas: a) la entidad deberá decidir si reconoce o no las prestaciones ejecutadas por el proveedor en forma directa, o si esperará a que éste interponga la acción de enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente; agrega que, para adoptar cualquier decisión, la entidad debe coordinar con su área legal y su área de presupuesto; b) las prestaciones no previstas en un contrato de obra no constituyen «prestaciones adicionales de obras», por lo que no generan la aprobación de presupuestos adicionales ni son pagadas mediante valorizaciones adicionales, por ende, no se encuentran contenidas en la liquidación del contrato.

Estando a la opinión antes reseñada, los contratistas tienen la posibilidad de solicitar a la entidad que pague directamente las prestaciones adicionales de obra ejecutadas sin autorización; reitero, adicionales ejecutados para lograr la finalidad del contrato. Pero ¿pagará la entidad o tendrá el temor de que el órgano de control institucional encuentre responsabilidad en los funcionarios que autorizaron dicho pago?

La práctica de la entidad señala que usualmente los funcionarios no ordenan efectuar un pago directamente, mientras no lo ordene una autoridad. Pero el contratista ejecutó obras adicionales, efectuó una inversión económica que debe recuperar. La entidad se benefició con la

ejecución de una obra adicional, la cual no estaba programada, pero debe reconocer dicha inversión al contratista. Si la entidad no paga, se está afectando el equilibrio económico financiero del contrato, tema que se analizará ampliamente en otro capítulo de la presente obra.

No podemos dejar de mencionar lo señalado en el artículo 34.1 de la Ley n.º 30225, el cual señala que las modificaciones al contrato no deben afectar el equilibrio económico financiero del mismo; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio. Gran avance en el tema, pues en la legislación anterior no se señalaba de manera expresa la compensación económica, creando una desventaja económica para uno de los contratantes.

Sin embargo, lo que es materia del presente artículo son las indemnizaciones que se deriven de la denegatoria de adicionales de obra. Antes de la dación de la Ley n.º 30225, las indemnizaciones eran planteadas en sede arbitral, así como las acciones de enriquecimiento sin causa.³ Algunos tribunales arbitrales asumían competencia para conocer dichas materias, otros no, señalando que al no tener un origen contractual no podían ser arbitrables, debiendo ser conocidas por el Poder Judicial.

Es el caso que dicho dilema, si es o no arbitrable, ha quedado definido en la Ley de Contrataciones del Estado. En efecto, el artículo 45 de dicha norma jurídica señala lo siguiente:

Artículo 45.- Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

45.1 [...]

La decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales,

³ Respecto de la arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa se puede revisar: CAMPOS MEDINA, Alexander. «La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativo». *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006 n.º 3, pp. 307-328.

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.*

La norma acotada señala claramente que las indemnizaciones derivadas de la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de éstas no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje u a otro medio de solución de controversias establecido en la Ley n.º 30225. La única autoridad que puede conocer dicha controversia indemnizatoria es el *Poder Judicial*. Es más, cualquier pacto en contrario resulta nulo.

Entonces, el contratista se verá obligado a acudir al largo camino del Poder Judicial a fin de demandar una indemnización por 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. Por la práctica judicial, dicho proceso podría durar por lo menos *cuatro años*, tiempo en el cual el contratista se vería seriamente perjudicado por la falta del resarcimiento económico, sin perjuicio de los gastos adicionales que conlleva judicializar dicho pedido indemnizatorio.

En dicho contexto podría darse el caso que, ante la falta de aprobación de prestaciones adicionales los contratistas no ejecuten ninguna prestación adicional no aprobada. ¿Y cómo queda la obra? Inconclusa, no se cumpliría la finalidad del contrato. En el sector educación, los escolares no tendrían a tiempo su colegio para el inicio del año escolar; en el sector salud, nos encontraríamos con hospitales inconclusos. Es un problema que podría presentarse a futuro.

Pero no podemos dejar de mencionar el porqué de tan radical decisión legislativa de señalar expresamente que las indemnizaciones que se deriven de la denegatoria de prestaciones adicionales de obra sean conocidas exclusivamente en el Poder Judicial.

Revisando los antecedentes de la Ley n.º 30225, tenemos que tiene su origen en el Proyecto de Ley n.º 3626/2013-PE⁴ de fecha 18 de junio de 2014. En la «Exposición de motivos» de dicho proyecto (p. 96), encontramos el sustento por el cual el enriquecimiento sin causa (a lo que agregó, las indemnizaciones) debe ser conocido por el Poder Judicial:

De otro lado, un tema que ha resultado polémico, principalmente en el arbitraje en contratación pública, es el referido a las pretensiones por enriquecimiento sin causa, derivadas o generadas como consecuencia de 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. En efecto, a través del planteamiento en diversos arbitrajes de pretensiones por enriquecimiento sin causa, similares o derivadas, se ha pretendido, y en ocasiones conseguido, un pago no permitido por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. Por ello, en el proyecto se ha optado por excluir la posibilidad de plantear en la vía arbitral tal tipo de pretensiones, quedando a salvo el derecho de recurrir a la vía judicial.

Vemos, pues, que el fundamento por el cual dichas pretensiones deben ser conocidas por el Poder Judicial es que «se ha pretendido, y en ocasiones conseguido, un pago no permitido por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento». En buen romance, casos de corrupción. El tema de corrupción en el arbitraje no es tema del presente artículo, pues existe abundante literatura sobre el particular, pero la corrupción no puede generalizarse al mundo arbitral. En caso se determinen quiénes son los corruptos, deben ser sancionados civil y penalmen-

⁴ Disponible en <<http://www.congreso.gob.pe/pley-2011-2016/>>. Consulta 12/06/2018.

te, pero la institución arbitral debe subsistir con árbitros honestos, con ética, que generen confianza en las partes en conflicto. De esta manera se resolverán las pretensiones de forma justa y dentro del marco de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

6. ANÁLISIS DE LAUDOS RECIENTES SOBRE INDEMNIZACIONES

Respecto de la pretensión indemnizatoria reclamada en sede arbitral existe una serie de laudos que se han pronunciado sobre dicha acción resarcitoria, pero debemos tener presente varios aspectos que originan que dicha acción sea denegada.

¿Los demandantes cumplen con señalar los elementos de la responsabilidad civil en sus demandas? Al respecto, Juan Espinoza Espinoza⁵ define dichos elementos:

- a) La imputabilidad, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona.
- b) La ilicitud o antijuricidad, vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.
- c) El factor de atribución, o sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto.
- d) El nexo causal, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.
- e) El daño, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.

Los árbitros, al elaborar el laudo, a veces verifican si el demandante desarrolla o no dichos elementos; otras veces no, como lo analizaremos de un estudio de laudos del portal web del Organismo Supervisor de

⁵ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Rhodas, 2011, sexta edición, p. 85.

Contratos del Estado y del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sobre el mismo tema indemnizatorio, Ricardo León Pastor⁶ ha efectuado un trabajo, concluyendo lo siguiente:

En la gran mayoría de casos, unos 50 en total, no se otorga la indemnización solicitada. En unos laudos, porque no se cumple con acreditar la inejecución de la obligación. En otros porque no se demuestra el nexo entre la inejecución y el daño. En la mayoría de laudos, porque el demandante simplemente no prueba la ocurrencia del daño.

En la mayoría de los laudos revisados, tampoco se aprecia que las partes hagan una argumentación jurídica suficiente respecto a cada uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil y su conexión con la producción y prueba del daño reclamado.

Entonces, de lo señalado se colige que el problema lo encontramos en el desarrollo de su pretensión por parte de los demandantes, no en lo árbitros. Los árbitros elaboran el laudo con base en los fundamentos expresados por las partes, no pueden ir más allá, pues se quebraría el principio de imparcialidad de los árbitros. Siempre lo he señalado, los árbitros no son abogados de las partes, no pueden suplir sus deficiencias.

Pues bien, los tres casos analizados son los siguientes:

- En el proceso seguido por *Consortio Huertos de Villa con el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - Sedapal*⁷, laudado el 6 de diciembre de 2017, el consorcio solicita el pago de

⁶ LEÓN PASTOR, Ricardo. *¿Quién paga los platos rotos? Indemnizaciones en contratos de obra pública en Perú*. Disponible en <<http://www.leonpastor.com/2016/11/quien-paga-los-platos-rotos-y-por-que.html>>. Consulta 12/06/2018.

⁷ Expediente n.º 870-274-15. Disponible en <https://drive.google.com/drive/folders/140h9aXEIcZqT3nc8wtoJfj_FZDTMs0aV>.

dos millones de soles por los daños y perjuicios causados por Sedapal, debido a que esta última empresa aprobó un adicional de obra, ejecutándose mayores metrados, siendo incluidos por el consorcio en su liquidación, pero Sedapal desconoce este hecho y no le paga los metrados realmente ejecutados.

El tribunal arbitral señaló que, tratándose del resarcimiento del daño emergente y lucro cesante, el consorcio debe aportar la prueba de la certeza del daño, siendo que el consorcio no ha cumplido con señalar a que concepto de daños corresponde su pedido ni ha adjuntado medio probatorio alguno que pueda ser valorado por el tribunal. Consecuentemente, se declara infundado la pretensión del consorcio.

- En el proceso seguido por *Consortio OBRAINSA con PROVÍAS Nacional*, laudado el 25 de enero de 2017,⁸ laudado el 25 de enero de 2017, resulta ser un documento interesante para su análisis, pues contiene temas como el equilibrio económico financiero del contrato, enriquecimiento sin causa e indemnización por daños y perjuicios. En el presente caso, el consorcio solicita, como pretensiones subordinadas de diferentes pretensiones principales, el pago de S/ 7'913,523.35 por concepto de indemnización por daños y perjuicios. En otra pretensión subordinada solicita el pago de S/ 2'865,076.43 por el mismo concepto indemnizatorio; y en otra pretensión solicita el pago de S/ 3'290,800.16 (ruptura del equilibrio económico financiero del contrato).

En la página 85 de dicho laudo, resulta importante lo señalado por el tribunal arbitral cuando señala que diversas resoluciones ministeriales que aprueban adicionales no han sido cuestionadas en sede arbitral y agrega que, de conformidad con lo

⁸ Disponible en <<http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2017/026.pdf>>. Consulta 13/06/2018.

establecido en el Decreto Legislativo n.º 1017, son materia no arbitrable.

Respecto de las pretensiones subordinadas, no hubo pronunciamiento debido a que el tribunal arbitral se pronunció respecto de las pretensiones principales y respecto de la pretensión referida a la indemnización por la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato, la declaró infundada.

- En el caso seguido por *Consortio Bracamoros con el Ministerio de Educación*⁹, laudado el 4 de mayo de 2016, el consorcio solicita al árbitro único, entre diversas pretensiones, la aprobación de un adicional de obra equivalente a S/ 237,294.08, así como que se reconozca *sobrecostos* vinculados a diversos bienes contemplados en el expediente técnico ascendente a S/ 825,460.86.

El árbitro declaró fundada la excepción de incompetencia formulada por la entidad demandada respecto de la aprobación del adicional de obra, por ser materia no arbitrable; sin embargo, declaró fundada la pretensión referida a los *sobrecostos*.

Más adelante veremos que el Poder Judicial declaró fundada en parte la demanda de anulación interpuesta por el Ministerio de Educación.

Vemos, pues, que las pretensiones indemnizatorias formuladas en sede arbitral, en su mayoría, no han sido amparadas, fundamentalmente por no ser materia arbitrable.

⁹ Disponible en <<http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2016/165.pdf>>. Consulta 13/06/2018.

7. POSICIÓN DEL PODER JUDICIAL SOBRE INDEMNIZACIONES

Para determinar la posición del Poder Judicial respecto del tema indemnizatorio, se ha revisado la página web de la Sala Comercial, con los siguientes resultados:

- En el proceso seguido por la *Municipalidad de San Martín de Porres con Consorcio Nering*,¹⁰ la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial dictó la sentencia de fecha 5 de noviembre de 2015 en el Expediente n.º 0343-2014, declarando fundado el recurso de anulación de laudo arbitral.
- El fundamento de dicha resolución judicial fue que la aprobación o rechazo de 36 adicionales de obra no era materia arbitrable.
- En la controversia seguida por el *Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - Sedapal con Consorcio Huarangal*¹¹, la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial dictó la sentencia de fecha 22 de mayo de 2015 en el Expediente n.º 0240-2014, declarando fundada la demanda de anulación parcial de laudo.
- Dicha sentencia, en el análisis del laudo, refiere que los *sobrecostos* están vinculados con la definición legal de adicionales de obra, por lo que la decisión de la entidad no resulta ser materia arbitrable.
- En la controversia seguida por el *Programa Nacional de Infraestructura Educativa - PRONIED - Ministerio de Educación con*

¹⁰ Disponible en <<https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/resolucion-busqueda-especializada-superior.xhtml>>. Consulta 12/06/2018.

¹¹ *Ibidem*.

*Consortio Bracamoros*¹², la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial dictó la sentencia de fecha 16 de marzo de 2017 en el Expediente n.º 276-2016, declarando fundada la demanda de anulación de laudo.

- En los fundamentos de la sentencia se señala que los extremos resolutivos del laudo relacionados con prestaciones adicionales de obras no pueden ser conocidos en sede arbitral y los otros puntos resolutivos del laudo vinculados a prestaciones adicionales de obra también deben ser declarados nulos de oficio.

De lo expuesto se aprecia que la Sala Comercial tiene un control legal sobre los laudos arbitrales, no permitiendo que los adicionales de obra sean conocidos directa o indirectamente en sede arbitral.

8. ¿ES POSIBLE DEMANDAR UNA INDEMNIZACIÓN A PESAR DE LA PROHIBICIÓN LEGAL?

El segundo párrafo del artículo 45.1 de la Ley n.º 30225 señala que el pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de 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 arbitraje, *correspondiendo ser conocidas por el Poder Judicial*.

Entonces, es el Poder Judicial el órgano competente para conocer las indemnizaciones reclamadas por los contratistas *que se deriven de la falta de aprobación de adicionales o de la aprobación parcial de éstas*. Ya dijimos que dicho proceso judicial podría durar cuatro años sin perjuicio de encontrar magistrados no especializados en el tema de contrataciones con el Estado.

¹² *Ibidem*.

Sin embargo, existen otras indemnizaciones que pueden ser reclamadas en sede arbitral, pero que *no* se derivan de la falta de aprobación de adicionales o la falta de aprobación de éstas.

En efecto, tenemos en el caso de la resolución de contrato por causas imputables a alguna de las partes que se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados, tal como lo señala el artículo 36.2 de la Ley n.º 30225 y el artículo 137 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Es más, el segundo párrafo del mencionado artículo 137 refiere que cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato puede ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los 30 días hábiles siguientes de notificada la resolución. Entonces, existe un sustento legal para que cualquiera de las partes pueda reclamar una pretensión resarcitoria en sede arbitral.

Luego, el artículo 130 del Decreto Supremo n.º 350-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo n.º 056-2017-EF (Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado), indica que la garantía entregada por la entidad al arrendador no cubre la indemnización por lucro cesante y daño emergente.

Otro supuesto de reclamo indemnizatorio lo encontramos en el artículo 152 del RLCE. En efecto, dicho dispositivo legal señala que el inicio del plazo de ejecución de obra está condicionado a ciertos requisitos: la designación del inspector o supervisor, la entrega total o parcial del terreno, proveer el calendario de entrega de los materiales e insumos, entrega del expediente técnico de obra completo, entrega del adelanto directo.

Si la entidad no cumple con dichas condiciones dentro del plazo de 15 días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato, el contratista puede iniciar el procedimiento de resolución del contrato, así como tiene el derecho de solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios acreditados hasta por el monto equivalente al cinco por diez

mil (5/10 000) del monto del contrato por día y hasta por un tope de setenta y cinco por diez mil (75/10 000).

El RLCE señala claramente en dicho artículo 152 que el contratista puede iniciar el procedimiento de conciliación y/o arbitraje dentro de los 30 días hábiles de vencido el plazo con el que cuenta la entidad para pronunciarse sobre la solicitud.

Adicionalmente, debemos tener presente que la acción resarcitoria no está circunscrita a sede arbitral, pues también puede ser conocida por la Junta de Resolución de Disputas (JRD). Así, el artículo 205.3 del RLCE señala que no puede someterse a JRD pretensiones de carácter indemnizatorio por conceptos no previstos en la normativa de contratación pública. Entonces, *a contrario sensu*, por conceptos previstos en la normativa de contratación pública sí pueden ser conocidos por la JRD.

**ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS
DERIVADOS DE LA DENEGATORIA DE ADICIONALES DE OBRA***

*Luis Puglianini Guerra**
Wagner Maslucan Pilco****

1. INTRODUCCIÓN

A Thomas Hobbes, filósofo político inglés del siglo XVII, se le ocurrió allá por el año 1651 una peculiar parábola: comparar al Estado absolutista de su tiempo con el Leviatán, monstruo marino descrito en la Biblia como inhumano, destructor y omnipresente en los diferentes ámbitos de la sociedad. Si bien actualmente el modelo absolutista de Estado es considerado como un recuerdo arcaico (siendo un recuerdo de los años ochenta en el Perú), pues cada vez más se consolida el modelo de Estado de derecho, podríamos decir que todavía el Estado es un leviatán en algunos aspectos, un monstruo que no es destructivo, pero que tiene omnipresencia.

* Este artículo ha servido para mejorar y extender el análisis realizado en una publicación anterior: «La ampliación del espectro de inarbitrabilidad en la nueva ley de contrataciones del Estado: ¿solución o problema?», Lima: 2017. Disponible en <<https://www.dropbox.com/s/0wqq5ib70m5ukfb/La%20ampliacion%20del%20espectro%20de%20inarbitrabilidad%20en%20la%20nueva%20ley%20de%20contrataciones%20del%20Estado.docx?dl=0>>.

** Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del área de Arbitrajes del Estudio Barrios & Fuentes Abogados. Especialista en Arbitraje en Contrataciones con el Estado y Derecho Civil Patrimonial.

*** Bachiller de Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente Legal del área de Arbitrajes del Estudio Barrios & Fuentes Abogados.

No cabe duda que el Estado es un protagonista activo en la contratación moderna, siendo en el Perú uno de los protagonistas más importantes. El Estado es por excelencia un contratante en casi todos los ámbitos y/o sectores de la sociedad, siendo la inversión pública un motor muy importante de nuestra economía, y su presencia se advierte en las más diversas relaciones comerciales con los particulares. Prueba de esa omnipresencia es que el régimen jurídico de la contratación estatal se ha topado con diferentes situaciones especiales, lo que ha obligado que, en nuestro país, se presente una evolución constante de la normativa que regula la contratación pública.

Dado que los contratos son el corazón de una sociedad moderna, el Estado no podría ser ajeno a ello. De esta manera, tenemos que el Estado tiende a vincularse contractualmente con privados a efectos de satisfacer las necesidades e intereses de las diferentes entidades estatales y así cumplir con sus diferentes roles. Por ello, el Estado puede celebrar distintos tipos de contratos, siendo lo más usuales los de compraventa o suministro de bienes, prestación de servicios, ejecución de obra y consultoría de obra.

En este contexto es importante resaltar que el contrato de obra reviste una importancia neurálgica en nuestros días, dada la gran demanda por cerrar la brecha de infraestructura en nuestro país. Las entidades cada vez con más frecuencia incluyen dentro de su plan de contrataciones el desarrollo y la ejecución de infraestructura (que debería ser) indispensable para el desarrollo nacional como, por ejemplo, un hospital, una institución educativa, una carretera, un aeropuerto, entre otros.

Ahora, si bien desde un inicio queda claro y determinado el objeto de un contrato de obra (¿qué se quiere construir?), en la práctica casi siempre se necesita la aprobación de adicionales de obra para cumplir la finalidad del contrato. Esto debido a que surgen hechos imprevisibles, en algunos casos, y en otros se debe a que el expediente técnico presenta errores y deficiencias que deben ser subsanados.

Sin embargo, en este punto no debemos desconocer que el expediente técnico no es perfecto y, además, no es deseable que sea perfecto desde un punto de vista económico, dado que ello sería ineficiente, toda vez que un expediente técnico perfecto tendría un costo muy elevado, además que su elaboración tomaría demasiado tiempo. Lo más acertado es elaborar el expediente técnico a un precio óptimo e identificar y asignar riesgos entre las partes del contrato de obra. Sin embargo, si bien no se puede requerir perfección a aquéllos que elaboran los expedientes técnicos —proyectistas—, que son considerados también consultores de obra, ellos deben cumplir con un estándar mínimo como, por ejemplo, el cumplimiento de las normas técnicas vigentes, respeto de las buenas prácticas en la ingeniería, entre otros.

De este modo, no hay mayor problema cuando el adicional de obra es aprobado y, posteriormente, pagado por la entidad contratante a favor del contratista ejecutor; sin embargo, los conflictos y desavenencias surgen frente a la falta de aprobación de presupuestos adicionales, los cuales en muchos casos son ejecutados finalmente por el contratista (a pesar de no contar con la aprobación previa que requiere la norma), y frente a ello la entidad contratante no cumple con cancelar el monto por dicho concepto de adicional ejecutado, pero no aprobado.

En el presente artículo trataremos de abordar con pinzas este tema, el cual exige evaluar la dificultad que experimenta el contratista para determinar en qué vía y de qué forma encausar una indemnización por los daños y perjuicios que ha tenido a raíz de la falta de aprobación de un adicional o adicionales de obra.

2. MARCO HISTÓRICO-NORMATIVO SOBRE LA OBLIGATORIEDAD DEL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En nuestro país, la historia del régimen jurídico de la contratación estatal, en general, y de la imposición del arbitraje como mecanismo de

solución de controversias en dicho ámbito, en especial, no es una historia feliz. Es una historia marcada, en un inicio, por una dispersión de normas sectoriales que regulaban ámbitos específicos. Es una historia que hasta ahora es sacudida por la volubilidad del legislador que con gran frecuencia cambia y modifica las reglas, como si estuviese probándose bufandas en el invierno.

A pesar de estos vaivenes que ha experimentado y experimenta la contratación pública, podemos esbozar una secuencia cronológica de su desarrollo, poniendo énfasis en cómo ha evolucionado la obligatoriedad del arbitraje en este sector. Así, tenemos que el profesor Jorge Danós, en un excelente trabajo, identifica tres etapas del régimen jurídico de la contratación estatal.¹

A continuación, explicaremos brevemente cada uno de estos periodos con base en lo comentado por el profesor Danós.

2.1. Primer periodo

Este periodo abarca, aproximadamente, desde 1950 hasta finales de los años ochenta. En esta etapa no existe un cuerpo normativo común o general que regule la materia en cuestión. A lo mucho nos encontrábamos frente a un sinnúmero de normas dispersas que regían la contratación que realizaban determinados organismos del Sector Público.

Por aquel entonces, en nuestro ordenamiento existían escasas reglas en materia de contratación pública referidas casi exclusivamente a los procedimientos administrativos de selección (licitaciones y concursos públicos) y, principalmente, de carácter presupuestario y asistemático.

¹ DANÓS ORDÓNEZ, Jorge. «El régimen de los contratos estatales en el Perú». En *Derecho administrativo contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra, 2007, pp. 64-69.

Tan cierto es esto que los primeros intentos fragmentarios correspondieron a los formulados por el Ministerio de Hacienda y Comercio (Decreto Supremo del 3 de febrero de 1950) y, posteriormente, por el Ministerio de Fomento y Obras Públicas (Decreto Supremo del 23 de febrero de 1950), normas que sirvieron de «sustento legal» para dar inicio al festín de las grandes obras públicas y compras del «gobierno *de facto*» del presidente Manuel A. Odría.

2.2. Segundo periodo

Este segundo periodo abrió sus puertas con la entrada en vigencia de la Constitución Política del Perú de 1979, así como con la dación de un conjunto de normas destinadas a simplificar la regulación de los procedimientos de contratación, los cuales tenían por objeto la adquisición de bienes, servicios y obras públicas.

De este modo tenemos que en la Constitución antes indicada² se consagró por primera vez la obligación del Estado de contratar servicios, obras y suministros a través de procedimientos administrativos de licitación y concurso público. Esta disposición constitucional sirvió de órbita para la adopción de un conjunto de normas —como el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas, conocido como RULCOP, el cual fue aprobado mediante Decreto Supremo n.º 034-50-VC para la contratación de obras públicas; el Reglamento Único de Adquisiciones, conocido como RUA, que fue aprobado mediante Decreto Supremo n.º 065-85-VC para la adquisición de bienes, servicios y suministros; y la Ley n.º 23554 para la contratación de actividades de consultoría y su Reglamento general, conocido como REGAC—, cuya

² Constitución Política del Perú 1979

Artículo 143.- La contratación con fondos públicos de obras y suministros, así como la adquisición o enajenación de bienes se efectúan obligatoriamente por licitación pública. Hay concurso público para la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y monto señala la ley de presupuesto. La ley establece el procedimiento, las excepciones y responsabilidades.

finalidad principal se encontraba orientada a simplificar los procedimientos de adquisición de bienes y servicios u obras públicas.

Es importante acotar que en este periodo se crearon por primera vez las instancias administrativas encargadas de resolver las controversias que se generaban durante la fase precontractual o de selección. Finalmente, es importante indicar que las decisiones finales de dichas instancias administrativas podían ser impugnadas ante el Poder Judicial.

2.3. Tercer periodo

La década del noventa en nuestro país está marcada por eventos que sacudieron el contexto socioeconómico: proceso de privatización de empresas, eliminación de restricciones a la inversión al Sector Privado, reducción del aparato del Estado y reorientación de sus competencias, las cuales se canalizaban en las funciones básicas o esenciales.

Ahora, si bien la Constitución de 1993,³ al igual que su predecesora (la Constitución de 1979), fue el marco de referencia para la adquisición de bienes, servicios y suministros y la contratación de obras por parte de las entidades administrativas, el verdadero cambio se materializó con la unificación normativa o legal sobre la materia, pues hasta este periodo, tal como se explicó anteriormente, la normativa existente se encontraba esparcida.

En ese contexto incierto, el 27 de julio de 1997 se promulgó la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - Ley n.º 26850, la cual integró en un solo cuerpo legal el régimen aplicable a los procesos de

³ Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 76.- Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La Contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

contrataciones de todas las entidades administrativas para la adquisición de bienes y servicios y para la contratación de obras.

Existe casi unanimidad al considerar que el aporte fundamental de la Ley n.º 26850, así como de su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo n.º 039-98-PCM, fue la implementación del arbitraje en materia de contratación estatal, el cual llegó a constituirse como el mecanismo obligatorio de solución de controversias que pudieran surgir *a posteriori* de la adjudicación y celebración del contrato. Es decir, de controversias que podrían surgir durante la etapa de ejecución contractual. Ahora bien, esta obligatoriedad fue recogida en el artículo 131 del Reglamento y en el inciso b) del artículo 41 de dicha ley.

Si bien no es materia del presente artículo, es importante mencionar que este «arbitraje obligatorio o forzoso»⁴ es una figura atípica, toda vez que el arbitraje siempre ha encontrado sus raíces en el consentimiento de las partes. Sin embargo, ya desde dicho tiempo existían en nuestro medio antecedentes sobre este tipo de arbitraje⁵.

⁴ Debemos señalar que, en puridad, todos los arbitrajes son obligatorios, pues surgen de un convenio arbitral donde las partes se obligan a acudir al arbitraje; sin embargo, cuando nos referimos a un arbitraje forzoso hacemos alusión al arbitraje al cual se debe acudir sin importar la voluntad de las partes. En nuestra opinión, el arbitraje en contratación pública no es forzoso en un sentido estricto, pues los privados que desean contratar con el Estado, conociendo las reglas de juego establecidas, deciden contratar con el Estado sometiéndose a las condiciones impuestas por éste, que incluye el someter las controversias contractuales a arbitraje, por lo tanto, aunque en un sentido bastante general, podemos afirmar que sí existe un consentimiento para acudir al arbitraje.

⁵ Recordemos que el Decreto Ley n.º 25935, antigua Ley de Arbitraje, establecía la posibilidad de obligar a la otra parte a arbitrar, cursándole previamente una carta notarial en caso de falta de respuesta de la otra parte y sin necesidad de contar con un convenio arbitral. Para mayor información sobre este tema recomendamos leer: CASTILLO FREYRE, Mario. *El arbitraje en la contratación pública*. Lima: Palestra, 2009, pp. 21-31.

La primera gran modificación aparece como resultado de la dación de la Ley n.º 27730, publicada el 26 de julio de 2000, la cual modificó cuarenta y un (41) artículos de la Ley original, consolidando así la unificación del régimen jurídico de la contratación estatal en un solo cuerpo normativo.

Esta norma, además, encomendó al Poder Ejecutivo la labor de consolidar todos los cambios introducidos a la Ley n.º 26850 en un Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones, así como elaborar un nuevo Reglamento, disposición que se materializó en los Decretos Supremos n.º 012-2001-PCM y n.º 013-2001-PCM, respectivamente, que entraron en vigencia el 15 de marzo de 2001. Es importante aclarar que tras estas modificaciones normativas, el arbitraje continuó siendo el modelo obligatorio de solución de conflictos respecto a materias relacionadas a la ejecución contractual.

La segunda gran modificación se introdujo con la dación de la Ley n.º 28267, publicada el 3 de julio de 2004, la misma que reformó treinta y ocho artículos e incorporó cuatro artículos más a la Ley n.º 26850. Estos cambios motivaron, finalmente, la promulgación de un nuevo Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado y un nuevo Reglamento, los mismos que fueron aprobados por los Decretos Supremos n.º 083-2004-PCM y n.º 084-2004-PCM, respectivamente, los que entraron en vigencia a partir del 29 de diciembre de 2004.

Durante la primera década del siglo XXI, el gobierno peruano se dedicó intensamente a impulsar su participación en procesos de integración económica y comercial, lo que ha trajo como consecuencia su protagonismo en organismos internacionales como la Organización Mundial del Comercio, el Área de Comercio de las Américas, el Foro de Cooperación Económica del Asia-Pacífico y la Comunidad Andina.

En ese contexto, el 20 de diciembre de 2007 se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley n.º 29157, Ley que delega en el Poder Ejecutivo

la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento. Como consecuencia de ello, y dado que se tenía en claro mejorar la competitividad económica, el 4 de junio de 2008 se publicó el Decreto Legislativo n.º 1017, Ley de Contrataciones del Estado, disposición que establece, exclusivamente, el régimen aplicable a las adquisiciones de bienes, suministros, consultoría y ejecución de obras que realiza toda entidad del Estado de cualquiera de los tres niveles de gobierno (nacional, regional y local), así como aquéllas realizadas por empresas estatales. Asimismo, en aras de reglamentar la Ley antes detallada, se aprobó su Reglamento, materializado en el Decreto Supremo n.º 184-2008-EF.

Con esta nueva Ley y Reglamento recién salidos del horno del legislador peruano, el arbitraje siguió siendo el mecanismo impuesto para solucionar las controversias derivadas de la ejecución de los contratos estatales. Pero hubo cierta variación. Originalmente, con la Ley n.º 26850 el espectro de materias arbitrables tenía que ver con aquéllas derivadas de la «ejecución o interpretación del Contrato».

Sin embargo, con el Decreto Legislativo n.º 1017 (artículo 52) se precisó las materias que debían ser sometidas a arbitraje, estableciéndose las controversias que surjan desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez.

Ahora, si bien el decreto legislativo en cuestión marca la pauta de la contratación pública para abastecimiento de bienes y servicios del Estado, es de indicarse que no ha estado exenta de modificaciones, como era ya de costumbre, siendo la más importante la que se suscitase a través de Ley n.º 29873, publicada el 1 de julio de 2012.

El mismo destino pesó sobre el Reglamento del Decreto Legislativo n.º 1017, el cual fue modificado mediante Decreto Supremo n.º 138-2012-EF el 7 de agosto de 2012.

Debemos precisar que, a pesar de estos últimos arreglos normativos, los artículos referidos a la solución de controversias (arbitraje y conciliación) permanecieron casi intactos.

Posteriormente, como si ya fuese un ritual, dado que no le resultaba suficiente modificar la Ley de Contrataciones, el legislador peruano la derogó. Así, el 8 de julio de 2014 se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley n.º 30225, que llegaría a ser la nueva Ley de Contrataciones del Estado, la cual entraría en vigencia cuando se publicaría su respectivo Reglamento, ocurriendo esto último el 10 de diciembre de 2015 a través del Decreto Supremo n.º 350-2015-EF.

En materia de arbitraje, la nueva Ley ha efectuado precisiones bastante interesantes. De este modo, sobre las materias arbitrables, este nuevo cuerpo legal mantiene la regulación antes mencionada, pero por primera vez, en su artículo 45, agrega que «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 [...]».

Es decir, por primera vez en nuestra historia legislativa de contratación estatal se agregó que las pretensiones de enriquecimiento sin causa o indemnizaciones relacionadas con adicionales de obra no son arbitrables (si bien es cierto que la aprobación y otras materias relacionadas a los adicionales habían sido declaradas no arbitrables con anterioridad, no se entendía que ello alcanzaba al enriquecimiento sin causa producto de un adicional o a los daños y perjuicios que dicho adicional podría haber

causado, por lo que hubo muchos arbitrajes donde se discutió respecto a estas materias).

Dado que en este extremo nuestra finalidad es sólo presentar un marco histórico breve, más adelante abordaremos a detalle este tema, analizando la razón del porqué se impuso esta excepción.

Como ya no es extraño en nuestro medio, a esta última Ley de Contrataciones del Estado el legislador peruano no tuvo «mejor» idea que modificarla, realizando ello a través del Decreto Legislativo n.º 1341, el cual entró en vigencia desde el 3 de abril de 2017. Igualmente, el Reglamento de la mencionada Ley sufrió ajustes, los cuales fueron canalizados a través del Decreto Supremo n.º 056-2017-EF, en vigencia también desde la fecha antes detallada.

Estas modificaciones no han incidido mucho en materia de arbitraje, toda vez que han introducido sólo pequeñas precisiones a los artículos referidos a la solución de controversias. Así, a modo de ejemplo, podemos mencionar que el Decreto Legislativo n.º 1341 aclara, en el inciso 1 de su artículo 45, que las controversias sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante arbitraje institucional, delegando al Decreto Supremo n.º 056-2017-EF precisar los casos excepcionales en los que se puede recurrir a un arbitraje *ad hoc*.

Hace poco, el legislador vuelve a modificar la Ley de Contrataciones del Estado, siendo las últimas hasta la fecha, mediante el Decreto Legislativo n.º 1444, lo cual ha implicado la aprobación de un nuevo reglamento (Decreto Supremo n.º 344-2018-EF), normas vigentes desde el 30 de enero de 2019; sin embargo, dado que se generaron tantos cambios normativos desde la emisión de la Ley n.º 30225, se ha emitido el Texto Único Ordenado de dicha ley publicado el 13 de marzo de 2019. Cabe precisar que este cambio normativo tampoco modifica los aspectos que son o no arbitrables.

Como hemos visto a lo largo de este breve recuento del régimen jurídico de la contratación estatal, desde sus inicios, el arbitraje ha sido impuesto como el mecanismo obligatorio de solución de controversias en dicho ámbito. Una imposición que se mantiene hasta la actualidad y que dudamos se vaya a cambiar.

Entonces, la respuesta cae de madura, ¿por qué se decidió ventilar a través del arbitraje las materias relacionadas antes detalladas? En el siguiente extremo trataremos de encontrar una respuesta a ello.

3. LAS RAZONES SOBRE LA IMPOSICIÓN DEL ARBITRAJE COMO SISTEMA OBLIGATORIO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Para que desde un inicio se imponga que los conflictos relacionados a la interpretación y ejecución de un contrato público sean ventilados en arbitraje algo interesante y particular debió haber ocurrido. Alguna lección en nuestra historia debió haber llevado al legislador a tomar esta decisión.

Según Franz Kundmüller, esta obligatoriedad en mención puede estar debidamente justificada con base en nuestra realidad. Así, al comentar la Ley n.º 26850 y su Reglamento, este autor manifiesta que:

En efecto, diversos profesionales y empresarios involucrados en las actividades a que se refieren la Ley y el Reglamento, manifestaron estar de acuerdo con la «obligatoriedad» del arbitraje respecto de las controversias a que se refieren dichas normas. *El factor determinante para estar de acuerdo radica en el hecho de la duración excesiva de los procesos judiciales relativos a estos temas.*⁶ (Énfasis agregado).

⁶ KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. “Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento”. *Themis*, Lima, 1998, n.º 39, p. 217.

Como se aprecia, la razón fundamental por la cual se habría determinado que el arbitraje fuese el mecanismo obligatorio de solución de controversias se debería a la mala reputación y triste experiencia que ha adquirido nuestro Poder Judicial a través de los años: procesos que duran muchísimos años, situación que responde a una serie de factores.

Entonces, en un esfuerzo por modernizar el Estado, el legislador optó por un mecanismo que ayuda a simplificar los caminos para la gestión y, en su caso, la solución de la controversia: el arbitraje.

Muchos años después, en otro trabajo, el profesor Kundümuller agregaría otro factor por el cual se ha optado desde siempre por el arbitraje como sistema obligatorio de solución de controversias en el ámbito de la ejecución e interpretación de un contrato pública. Así pues, dicho autor ha manifestado lo siguiente:

En principio, la razón por la cual existe un mandato en la normativa de contrataciones para que el arbitraje sea obligatorio se basa, esencialmente, en la desconfianza y en la estructura de paradigmas de la gestión y función pública, usando como medio la exacerbación del principio de legalidad y la obligatoriedad impuesta antes que pactada.⁷

De esta manera, según el autor en cuestión, si se eliminaría la obligatoriedad de arbitrar las controversias en la etapa de ejecución contractual y si se permitiera que los funcionarios decidan si pactan o no pactan el arbitraje, lo más probable es que después se les exija por vía de auditoría pública y acciones de control que sustenten su decisión y expliquen la norma legal y las razones que aplicaron para decidir si arbitran o no arbitran. Esta incertidumbre metería en apuros al funcionario público.

⁷ KUNDMÜLLER CAMINITI, FRANZ. «El arbitraje en contratación pública: (des)confianza y aporía. Breves comentarios al proyecto de Reglamento de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado». *Derecho & Sociedad*, Lima, n.º 44, p. 261.

Pues bien, vemos que dos serían las razones por las cuales existe un mandato en la normativa de contrataciones para que el arbitraje sea obligatorio: la necesidad de evitar los juicios largos, propios del Poder Judicial, y la desconfianza en la función del funcionario público.

Si bien somos de la opinión que dichas razones son válidas para que el legislador haya tomado la decisión de imponer el arbitraje como mecanismo obligatorio de solución de conflictos, consideramos que debe tomarse en cuenta una razón adicional para mantener ello así.

El Estado es un contratante por excelencia. Ello implica que siempre tenga que celebrar contratos a efectos de satisfacer las necesidades e intereses de todos y cada una de las entidades administrativas. Así, si bien los contratos que celebra el Estado son diversos y varían de acuerdo a su objeto, para nadie es ajeno que estos contratos (de bienes, de servicios, o de obra) cada vez son más complejos y especializados.

Para muestra un botón en lo referido al contrato de obra. La creciente internacionalización y sofisticación de las técnicas de la ingeniería han llevado a un importante desarrollo profesional en los contratos de obra que lo han vuelto cada vez más especializado, sobre todo en aquellos casos en que la obra incluye el desarrollo de ingeniería. Ejemplos de lo anterior son la ejecución de una planta industrial, la torre de control de un aeropuerto, un sistema de control y supervisión de un proceso productivo, entre otros, contratos en los que el Estado participa constantemente.

Entonces, si estos contratos son complejos *per se*, no cabe duda alguna que las controversias que se deriven de los mismos también lo serán. Y así efectivamente lo es.

Dada la complejidad que subyace a este tipo de controversias, es poco probable que un juez de nuestro Poder Judicial pueda compren-

derlas y mucho menos resolverlas, toda vez que su práctica está centrada a solucionar cuestiones patrimoniales más simples y sencillas.

Esta desventaja que presenta nuestro Poder Judicial no la encontramos en el arbitraje y ello por una sencilla razón: las partes eligen a sus árbitros de acuerdo al nivel de especialización y experiencia con el que cuentan para resolver una determinada controversia. Tan cierto es ello que en algunos casos las partes ni siquiera eligen un abogado como árbitro, sino a veces un ingeniero de una determinada especialidad, pues es este último profesional quien se encuentran más empapado con la materia altamente especializada.

En conclusión, ya sea para solucionar un problema o por sus ventajas comparativas tenemos que ha sido una buena decisión el imponer el arbitraje como el método por excelencia para resolver los conflictos relacionados a la contratación pública. Sin embargo, no nos queda claro cómo es que, si el arbitraje ha sido una buena idea, no se aplica a los adicionales y demás materias vinculadas a ellos. Lo comentaremos a continuación.

4. SOBRE LA NO ARBITRABILIDAD DE LAS INDEMNIZACIONES DERIVADAS DE ADICIONALES DE OBRA NO APROBADOS

Si bien el uso y mayor alcance del arbitraje se ha dado históricamente en el ámbito comercial (entre privados), nadie puede negar la posibilidad de que el Estado pueda establecer que dicho mecanismo sea utilizado para la solución de determinadas controversias donde es parte el propio Estado (en otras palabras, existirá un componente público), tal como lo hemos visto a través de la primera parte del presente trabajo.

En el caso peruano, y sin perjuicio de la discusión doctrinal sobre la naturaleza del arbitraje,⁸ es innegable que, de acuerdo al Tribunal Constitucional, el numeral 1 del artículo 139 de la Constitución Política vigente reconoce al arbitraje como una jurisdicción de excepción. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha *reconocido la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral sobre materias de carácter disponible*.⁹

Por la naturaleza eminentemente civil (comercial) del arbitraje, al surgir producto del acuerdo de las partes para someter sus controversias, éstas son de carácter disponible. Tengamos en cuenta que la solución de los conflictos es considerada como una prerrogativa propia del Estado (que utiliza sus facultades jurisdiccionales); sin embargo, por la propia norma constitucional se reconoce que las materias de naturaleza disponible sean sometidas a arbitraje.

Para determinar cuáles temas (controversias) pueden ser resueltos por árbitros se utiliza el término o calificativo «arbitrabilidad», el cual es definido como ‘la calidad del litigio que permite a los árbitros asumir la competencia para resolver el conflicto sometidos a ellos a través del pacto arbitral’¹⁰ o como ‘la posibilidad de someter a árbitros una determinada controversia’.¹¹

El ámbito de acción del arbitraje es restringido. En esa línea existen límites que provienen de su condición de jurisdicción privada, y otros, de origen exclusivamente voluntario. Las primeras son limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico, están dirigidas a las partes e impli-

⁸ Por ejemplo, en PUGLIANINI GUERRA, Luis. *La relación partes árbitros*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 19. Lima: Palestra, 2012.

⁹ STC Exp. n.º 06167-2005-PHC/TC, fundamento jurídico 14.

¹⁰ SALCEDO CASTRO, Myriam. «Arbitrabilidad subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje». En SILVA ROMERO, Eduardo y MANTILLA ESPINOZA, Fabricio. *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis, 2005, p. 113.

¹¹ SILVA ROMERO, Eduardo y MANTILLA ESPINOZA, Fabricio. *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis, 2005, p. 84.

can una restricción a su autonomía de la voluntad: no todas las personas pueden someter a decisión de los árbitros todas las cuestiones que deseen. Las segundas son las limitaciones que las propias partes imponen, están dirigidas a los árbitros y se derivan, precisamente, de lo que ellas pactaron en cada caso: quiénes se sometieron a arbitraje y para qué materias.¹²

Muchas materias de orden público (temas de familia o penales, etcétera) únicamente pueden ser resueltos por el Poder Judicial. En atención a ello, por cuestiones de orden legislativo (ley) se pueden establecer lo que puede ser o no sometido a arbitraje.

En ese sentido, el numeral 1 del artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje (en adelante, LA) señala que *pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquéllas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen*.

En estricto, la LA reconoce que el Estado puede someter a arbitraje las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.¹³

Ahora el artículo 76 de la Constitución establece que para efectos de la ejecución de obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contratación y mediante un determinado proceso de selección, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. Asimismo, se establece que mediante ley se determinará el procedimiento, excepciones y las respectivas responsabilidades en la contratación pública.

¹² CAIVANO, Roque. «Arbitrabilidad y orden público». *Foro Jurídico*, p. 64. Disponible en <<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/13801/14425&usg=AFQjCNH2zwwF3B6KnmJTQyoPq-gjciS52EQ>>.

¹³ Numeral 3 del artículo 4 de la LA.

Esta disposición constitucional obliga a que las entidades públicas liciten o concursen la contratación de los bienes, servicios, obras y consultorías con terceros (particulares o privados) a fin de generar eficiencia y transparencia en el uso de los fondos públicos y en la satisfacción de las necesidades de las entidades para el cumplimiento de sus atribuciones.

La contratación entre el Estado y los particulares se encuentra regulada en la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado vigente, modificada mediante Decreto Legislativo n.º 1341, la cual establece normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos.¹⁴

Asimismo, de forma complementaria, tenemos el Decreto Supremo n.º 350-2015-EF, Reglamento de la Ley antes indicada, modificado mediante Decreto Supremo n.º 056-2017-EF, que reglamenta y desarrolla los aspectos específicos de la Ley en cuestión para su mejor aplicación.

Ahora bien, en este ámbito normativo tenemos que la arbitrabilidad regulada en materia de contratación estatal ha variado a través del tiempo. Como lo hemos visto antes, originalmente, la Ley n.º 26850, primera Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establecía un espectro de materias arbitrales bastante conciso. Así, se determinó que sólo eran arbitrables las materias que tenían que ver con aquéllas derivadas de la «interpretación y ejecución del contrato».

No obstante, como era de esperarse, si tenemos en cuenta el alto grado de volatilidad con que se legisla en nuestro país, dicho ámbito de arbitrabilidad se amplió. Así, la Ley n.º 28267 detalló las materias que

¹⁴ Artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado.

debían ser sometidas a arbitraje, determinándose que las controversias que surjan desde la suscripción del contrato —sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez— se resolverán por arbitraje o conciliación.

Con la entrada en vigencia de la Ley n.º 30225, este espectro de arbitrabilidad se ha modificado en negativo, pues por primera vez se ha establecido explícitamente qué materias no serían susceptibles de ser arbitrables. Tenemos que el último párrafo del inciso 1 del artículo 45 de la referida Ley dispone 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.

Con ello queda bastante claro que se encuentran fuera del ámbito del arbitraje las siguientes materias: (i) aprobación de adicionales de obra; (ii) enriquecimiento sin causa o indebido que derive de la falta de aprobación de un adicional; y (iii) pago de indemnizaciones referidas a la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de éstas.

La pregunta surge naturalmente: ¿por qué el cambio?

Según Seminario Córdova, «lo que ha sucedido es que las entidades consideran que los contratistas han planteado en los arbitrajes pretensiones de indemnización o enriquecimiento sin causa para encubrir un

verdadero cuestionamiento a las decisiones de la CGR sobre adicionales. En otras palabras, para las entidades, los malos contratistas están cometiendo lo que ellas muchas veces denominan “fraude a la ley”». ¹⁵

Sobre el particular, en el mismo sentido apuntado por el referido autor, somos de la opinión que el legislador ha tratado de aplicar una solución a una supuesta situación de abuso del uso del arbitraje en relación con pretensiones relacionadas a adicionales y sobre enriquecimiento sin causa, toda vez que utilizando esta vía se habrían emitido sendos laudos en los que se ha impuesto la obligación del Estado de reconocer y pagar a favor de un contratista montos monetarios determinados por aplicación de la figura del enriquecimiento sin causa o indemnizaciones de daños y perjuicios bajo argumentación similar.

Entonces, tenemos que si las pretensiones de los contratistas no hubieran tenido éxito, seguramente no se habría modificado la norma. Pero como en la mayoría de los casos, los contratistas han ganado pretensiones de indemnización o enriquecimiento sin causa, el legislador no ha tenido mejor idea que incluir de manera expresa la prohibición de arbitrar dichos conceptos para que las entidades ya no pierdan, o pierdan menos (o se demoren en perder).

Tan es así que en la sustentación del Proyecto de Ley n.º 03626/2013-PE, proyecto elaborado por el Poder Ejecutivo y que dio origen a la Ley de Contrataciones del Estado vigente, se señala lo siguiente:

De otro lado, un tema que ha resultado polémico, principalmente en el arbitraje en contratación pública, es el referido a las pretensiones por enriquecimiento sin causa, derivadas o genera-

¹⁵ SEMINARIO CÓRDOVA, RENZO. «Y ahora, ¿quién podrá defendernos? Yo, el señor legislador: a propósito de los cambios en la Ley de Contrataciones». En *El Cristal Roto*, blog jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, Lima, 2015. Disponible en <http://www.camposabogados.pe/SISGE_ARTICULOS/uploads/articles/Y_ahora_qui%C3%A9n_podr%C3%A1_defendernos_-_Renzo_Seminario_C%C3%B3rdova__2015-12-29_22-08-39.pdf>.

das como consecuencia de 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. En efecto, a través del planteamiento en diversos arbitrajes de pretensiones por enriquecimiento sin causa, similares o derivadas, se ha pretendido, y en ocasiones conseguido, un pago no permitido por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. Por ello, en el proyecto se ha optado por excluir la posibilidad de plantear en la vía arbitral tal tipo de pretensiones, quedando a salvo el derecho de recurrir a la vía judicial.

Con cargo a profundizar sobre el tema más adelante, creemos que si bien el legislador ha considerado como solución considerar que el enriquecimiento sin causa es inarbitrable, consideramos que esta decisión no responde a un criterio jurídico correcto toda vez que se está encubriendo el tema de fondo que es determinar si el adicional en cuestión era realmente necesario o no.

Ahora bien, el artículo de la Ley de Contrataciones antes comentado se encuentra en concordancia con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República - Ley n.º 27785. En efecto, los artículos 22 y 23 de esta última Ley establecen lo siguiente:

Artículo 22.- Atribuciones

Son atribuciones de la Contraloría General de la República, las siguientes:

[...]

k) Otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública, y de las mayores prestaciones 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.

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 mayo-

res gastos de supervisión, no podrá ser objeto de arbitraje, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 41 de la Ley n.º 26572 (Antigua ley 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.

Como se ha podido advertir, 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 cuando los mismos superan el 15% del monto del contrato.

En este punto es importante tener en cuenta que mediante la Directiva n.º 01-2007-CG/OEA¹⁶ se 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 que 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.

¹⁶ Aprobada mediante Resolución de Contraloría n.º 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 precisar que la Directiva n.º 01-2007-CG/OEA entró en vigencia a los quince (15) días naturales de su publicación.

Al respecto, según Ortega Piana,¹⁷ condicionar el pago de determinado presupuesto adicional a un pronunciamiento de la Contraloría General de la República puede ser un interesante y peculiar medio de control previo; sin embargo, dicha autorización previa genera efectos negativos antes que alguna ventaja para el Estado.

En esta misma línea opinan Arrarte y Paniagua,¹⁸ los cuales señalan que la intervención eficiente de la Contraloría General de la República implicaría contar con un «megaorganismo» 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 cual implicaría un alto sobrecosto para la ejecución de la obra pública.

Coincidimos con la opinión de los autores antes indicados, pues si bien el pronunciamiento previo de la Contraloría no se aplica a todos los casos, en los casos que sí se aplica, dado que la autorización en la ejecución de los adicionales demandaría a la Contraloría General de la República abastecerse de un gran plantel de personal altamente especializado en todas las materias en las que el Estado contrata, lo que en buena cuenta terminaría convirtiendo a esta institución en una suerte de supraorganismo público. Organismo que por antonomasia sería ineficiente.

Ahora bien, hemos visto que existe un muro legal que establece la prohibición de controvertir en arbitraje las pretensiones referidas al enriquecimiento sin causa, pago de indemnizaciones o cualquier otra que

¹⁷ ORTEGA PIANA, Marco Antonio. «Algunas reflexiones sobre la competencia de la Contraloría General de la República respecto de los presupuestos adicionales de obra pública». *Advocatus*. Lima, 2007, n.º 16, p. 440.

¹⁸ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y PANIAGUA GUEVARA, Carlos. «Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra». *Advocatus*. Lima, 2007, n.º 16, p. 193.

provenza de la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de éstas.

En la práctica, es usual que la falta de aprobación de adicionales de obra se presente en dos grandes supuestos: (i) que el adicional de obra sea ejecutado con consentimiento no formal de la entidad, pero que posteriormente la misma entidad o la Contraloría General deniegue su aprobación y pago respecto; y (ii) que la entidad o la Contraloría General deniegue la aprobación del presupuesto adicional, pero a pesar de ello el contratista ejecute dicho adicional.

Estos dos supuestos no son iguales para nada, pues cada uno de éstos responde a circunstancias diferentes. Sin embargo, el último párrafo del inciso 1 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado (donde se establece la prohibición de arbitrar estos temas) hace silencio respecto a esta diferencia, razón por la cual consideramos que la prohibición de arbitrar el enriquecimiento sin causa o la indemnización derivados de adicionales no aprobados abarca los dos casos antes detallados.

Entonces, ¿hizo bien el legislador en determinar como no arbitrable estas materias? Sin perjuicio de la respuesta que obtengamos, ¿en qué forma debería plantear un contratista este tipo de pretensiones? Estas interrogantes las trataremos de absolver en el siguiente extremo.

5. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA: ¿ÚNICA VÍA PARA TRAMITAR UNA INDEMNIZACIÓN DERIVADA DE ADICIONALES DE OBRA NO APROBADOS?

Conforme lo hemos indicado precedentemente, según el marco legal vigente, la autorización para la ejecución y pago de un adicional de obra sólo procede frente a hechos imprevisibles y ante la presencia de *deficiencias en el expediente técnico*.

Respecto a esta última causal de procedencia, debe tenerse en cuenta que el expediente técnico de obra¹⁹ es: «El conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas,²⁰ planos de ejecución de obra, metrados,²¹ presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, valor referencial, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado,²² fórmulas polinómicas y si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios».

Como puede apreciarse, el expediente técnico de obra está formado por un conjunto de documentos de ingeniería que definen, principalmente, las características, alcance y forma de ejecución de una obra, así como las condiciones del terreno en la que ésta se ejecutará. De ello se infiere que dicho expediente tiene por finalidad brindar información a los postores sobre los requerimientos de la entidad para la ejecución de la obra y las condiciones del terreno para que puedan realizar adecuadamente sus ofertas y, de ser el caso, ejecuten la obra cumpliendo las obligaciones técnicas establecidas por la entidad y la normativa vigente en materia de ejecución de obras.

Para cumplir con dicha finalidad, es necesario que los documentos que integran el expediente técnico *se interpreten en conjunto*²³ y propor-

¹⁹ De conformidad con el numeral 24 del Anexo Único del Reglamento, Anexo de Definiciones.

²⁰ De conformidad con el numeral 21 del Anexo Único del Reglamento, Anexo de Definiciones, las especificaciones técnicas son 'Descripciones elaboradas por la entidad de las características fundamentales de los bienes, suministros u *obras* a contratar'. (Énfasis agregado).

²¹ De conformidad con el numeral 31 del Anexo Único del Reglamento, Anexo de Definiciones, el metrado 'Es el cálculo o la cuantificación por partidas de la cantidad de obra a ejecutar'.

²² De conformidad con el numeral 5 del Anexo Único del Reglamento, Anexo de Definiciones, el calendario de avance de obra valorizado es 'El documento en el que consta la programación valorizada de la ejecución de obra, por periodos determinados en las bases o en el contrato'.

²³ De conformidad con lo dispuesto por la Opinión n.º 051-2011/DTN.

cionen información suficiente, coherente y técnicamente correcta que permita formular adecuadamente las propuestas y ejecutar la obra en las condiciones requeridas por la entidad y la normativa de la materia.

Por otro lado, tenemos que una deficiencia²⁴ es un defecto o imperfección de algo o alguien. Por su parte, un defecto²⁵ implica la carencia de alguna cualidad propia de algo.

Así, una deficiencia en el expediente técnico puede presentarse cuando los documentos que lo componen no cumplen con definir adecuadamente las características, alcance y forma de ejecución de la obra, así como tampoco describen adecuadamente las condiciones del terreno. En otras palabras, se puede identificar una deficiencia en un expediente técnico cuando no presente información suficiente, coherente o técnicamente correcta para determinar el alcance de las prestaciones que se deben ejecutar.

A modo de ejemplo, en el estudio de abogados al cual pertenecemos nos llegó un caso en el que se detectó un grave error presente en el expediente técnico, y es que la memoria de cálculo estructural de una obra consistente en la mejora de la infraestructura de una institución educativa había sido realizada tomando como valor de capacidad portante uno mucho menor al real, lo cual ineludiblemente generaba un problema grave en el diseño estructural de cimentación.

Entonces, de lo señalado hasta aquí tenemos que bastaría probar que el expediente técnico presenta alguna deficiencia o error para que la entidad contratante y la Contraloría General de la República pro-

²⁴ Según el Diccionario de Lengua Española, vigésima segunda edición, deficiencia, en su primera acepción, significa '1. m. Defecto (II Imperfección)' <<http://lema.rae.es/drae/?val=deficiencia>>.

²⁵ Según el Diccionario de Lengua Española, vigésima segunda edición, defecto, en su primera acepción, significa '1.m. Carencia de alguna cualidad propia de algo' <<http://lema.rae.es/drae/?val=defecto>>.

cedan con aprobar el respectivo presupuesto adicional de obra. Pero ¿qué sucede si dicho adicional de obra no es aprobado? Se generarían eventualmente sobrecostos y gastos que tendrían que ser asumidos por el contratista o, lo que es peor, si el contratista no implementa el adicional, ejecutaría una obra con defectos graves. Estos conceptos, según la Ley de Contrataciones del Estado, no podrían ventilarse en arbitraje, obligando al contratista a recurrir al Poder Judicial.

No obstante, el contratista podría encontrar la forma de «burlar» esta prohibición y tramitar en arbitraje sus pretensiones relacionadas a estas materias. Y así, efectivamente, se ha observado algunas veces en la práctica. ¿Cómo lo hace?

Dado que entregar un adecuado y correcto expediente técnico es una de obligación esencial de la entidad contratante, el incumplimiento de esta obligación, esto es, un expediente técnico con deficiencias, habilita al contratista a tramitar esta controversia o desavenencia a través de un arbitraje. Esto está completamente permitido toda vez que son arbitrables las materias que están relacionadas con la interpretación y *ejecución* del contrato.

Sin embargo, tras esa pretensión relacionada a la ejecución de una obligación esencial de la entidad (entrega de un adecuado y correcto expediente técnico), el contratista encubre casi siempre una pretensión indemnizatoria de responsabilidad contractual por los supuestos daños y perjuicios que dicho incumplimiento le habría ocasionado. Así, esta parte indica que dichas consecuencias negativas estarían materializadas en los sobrecostos que tuvo que asumir al no haberse aprobado el presupuesto adicional, a pesar de que existían deficiencias en el expediente técnico.

En buena cuenta, lo que el contratista hace es camuflar dentro del arbitraje una indemnización por adicionales de obra no aprobados (materia no arbitrable) a título de una indemnización por responsabilidad contrac-

tual en la inexecución de obligaciones esenciales derivadas del contrato (materia plenamente arbitrable), lo cual jurídicamente no es viable.

Recordemos, una pretensión indemnizatoria por responsabilidad civil implica la concurrencia de cuatro presupuestos indispensables: (i) antijuridicidad; (ii) daño; (iii) nexo causal; y (iv) factor de atribución. Respecto al primer elemento, tenemos que éste, en materia de responsabilidad contractual, se materializa en una conducta destinada al incumplimiento de una obligación prevista en un contrato. Es decir, debe haber una obligación contractual incumplida para que proceda una indemnización a favor del sujeto dañado.

En el caso específico, la obligación esencial que supuestamente se habría incumplido es la entrega de un adecuado y correcto expediente técnico. Esa es la única obligación que la entidad contratante podría eventualmente incumplir. No es una obligación contractual de la entidad demandada el aprobar un presupuesto adicional, como erróneamente parecen interpretarlo los contratistas; ello no es más una simple facultad o atribución de la entidad contratante.

Los sobrecostos derivados de un expediente técnico deficiente no pueden ser compensados o reembolsados únicamente con la aprobación de presupuestos adicionales. De este modo, no es que se pueda hablar de daños y perjuicios por una supuesta obligación esencial incumplida (aprobación de adicionales de obra), pues propiamente esto no es una obligación que esté a cargo de la entidad contratante.

Entonces, las pretensiones de los contratistas que se sustenten en daños y perjuicios por el incumplimiento de una supuesta obligación esencial (aprobación de adicionales de obra) deben ser rechazadas de plano en el arbitraje.

De este modo, quedando descartada esta vía, tenemos que actualmente el único medio para discutir una indemnización por daños y

perjuicios derivados de adicionales de obra no aprobados es el enriquecimiento sin causa, lo cual legalmente no es una materia arbitrable. Por lo tanto, el único camino que queda es recurrir al engorroso proceso ante el Poder Judicial.

Como lo adelantamos, si bien el legislador ha considerado como solución considerar que el enriquecimiento sin causa es inarbitrable, consideramos que esta decisión no responde a un criterio jurídico correcto.

A criterio de cierto sector de la doctrina, la inarbitrabilidad del enriquecimiento sin causa obedece a que es considerado como una fuente de obligaciones de carácter extracontractual; sin embargo, otro sector señala 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 esté limitado a una fuente específica de obligaciones».²⁶

Incluso, la Segunda Sala Civil Sub Especializada en lo Comercial de Lima ha señalado que 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 [...]*».²⁷

Asimismo, debemos señalar que, por ejemplo, en el caso de obras, en estricto los adicionales se generan por las deficiencias, defectos, vacíos u omisiones que presenta el expediente técnico y que impiden o limitan la adecuada ejecución de la obra.

²⁶ CAMPOS, Alexander. «La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa: a propósito de los contratos administrativos». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, Instituto Peruano de Arbitraje. 2006, n.º 3, pp. 312-313.

²⁷ Sentencia expedida en el Expediente n.º 0118-2013-0-1817-SP-CO-02.

Por ello, el problema radica en la debida formulación de los expedientes técnicos, incluso en la práctica constructiva se tiene que el contratista, a fin de poder cumplir con la finalidad del contrato (ejecución adecuada de la obra), debe incurrir en la ejecución de prestaciones adicionales a las reconocidas en el expediente técnico; sin embargo, las entidades suelen ampararse en determinados aspectos de la contratación para denegar la ejecución de un adicional de obra sin considerar el real impacto de ello en la ejecución de la obra.

En suma, dependiendo de cómo se enfoque el tema tendremos una situación concreta. Sin embargo, consideramos que la solución del problema no es la inarbitrabilidad de determinadas materias, como lo considera el legislador, esto no es más que una reacción ante una situación y un inadecuado enfoque del problema.

Así, pues, consideramos pertinente señalar que, cuando el Estado peruano decidió incluir al arbitraje como vía de solución de conflictos de las controversias contractuales bajo las leyes de contratación pública, lo hizo para solucionar un problema (dejando de lado la administración de justicia del Poder Judicial para estas controversias) y generar un incentivo frente a los privados; sin embargo, al determinar la inarbitrabilidad de algunas materias, ¿se está dando una solución a la solución? Consideramos que no, pues lo único que se estaría logrando es que sobre las materias que no se pueden someter a arbitraje se haya vuelto al problema inicial que se trató de solucionar.

En ese sentido, dado que el único camino que quedaría recorrer en este asunto sería el del enriquecimiento sin causa, consideramos necesario explicar brevemente cuáles son los presupuestos de esta figura. En efecto, para que se dé la configuración del enriquecimiento sin causa deben concurrir cinco elementos: el enriquecimiento, el empobrecimiento, la relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, la falta de causa que justifique el enriquecimiento y la subsidiariedad de la acción.

Respecto al primer elemento, el enriquecimiento, en doctrina, se entiende que el mismo ocurre cuando el enriquecido ha *obtenido algo*, es decir, se requiere que haya producido una ventaja en su situación patrimonial, vale decir, que ésta haya mejorado.²⁸

Sobre el segundo requisito, el empobrecimiento, éste es identificado como el desmedro patrimonial que afecta al sujeto, sea por haberse afectado su patrimonio en un monto equivalente al desplazamiento patrimonial efectuado a favor de otro sujeto o por haber puesto dicho patrimonio en una situación más gravosa al asumir la titularidad de deudas u obligaciones.²⁹

Respecto al tercer elemento, este requisito hace referencia a la necesidad de que se demuestre que tanto el enriquecimiento como el empobrecimiento fundan su verificación en la realidad con base en un nexo causal común, esto es, que uno es causa o consecuencia del otro.³⁰

En cuanto al cuarto elemento, éste refiere a que no existe la justificación de la atribución patrimonial que se produce a favor del enriquecido a costa del empobrecido. Es decir, estamos ante este requisito cuando la ventaja económica conseguida a cargo de otros no está justificada por un interés merecedor de tutela.³¹

Con relación al último requisito, esto es, la subsidiariedad de la acción, tenemos que ésta consiste en no ser procedente cuando puede ejercitarse otra acción para obtener la respectiva indemnización, sea contra el propio enriquecido o contra terceros.³² Es importante tener en cuenta que esta subsidiariedad, antes que nada, constituye una opción

²⁸ ENNECCERUS, Ludwing. *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1935, tomo 2, vol. II, traducción del alemán por Blas Pérez Gonzáles y José Alguer, p. 586.

²⁹ GALLO, Paolo. «Arricchimento senza causa». En *Il Codice Civile. Commentario diretto da Francesco D. Busnelli*. Milano: Giuffrè Editore, 2003, pp. 53-54.

³⁰ *Idem*, p. 57.

³¹ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1994, vol. 5, p. 818.

³² *Idem*, p. 823.

legislativa, lo que determina que, más allá de que se esté a favor o en contra de su acogimiento, es un dato legal que tiene que ser respetado por el juez.

6. CONCLUSIONES

- Históricamente, se ha visto que desde un inicio hasta la actualidad el legislador peruano ha impuesto el arbitraje como mecanismo obligatorio para resolver controversias relacionadas desde la celebración hasta la ejecución de un contrato público. Las razones son diversas: necesidad de evitar un proceso judicial lento y engorroso, desconfianza en el desempeño de los funcionarios públicos, entre otras. Nosotros agregaríamos una razón adicional: la ventaja que tiene el arbitraje en cuanto a especialización para resolver idóneamente estos conflictos.
- Si bien materias relacionadas a la ejecución del contrato forman parte del espectro de arbitrabilidad de la Ley de Contrataciones del Estado, quedan exceptuados de ello de forma explícita pretensiones vinculadas a la indemnización, enriquecimiento sin causa, entre otros temas vinculados de la falta de aprobación de presupuestos adicionales. Esta prohibición se debe a un mero capricho de legislador peruano, toda vez que en la práctica vio que los contratistas logran obtener laudos a su favor donde se reconocían estos conceptos; sin embargo, el legislador no analizó la pertinencia y necesidad de esos adicionales no aprobados, pero ejecutados.
- La entidad contratante tiene una obligación esencial de entregar al contratista un correcto y adecuado expediente técnico, mas no tiene una obligación de aprobar presupuestos de adicionales de obra. De este modo, una pretensión de indemnización de daños y perjuicios que se sustente en el supuesto incumpli-

miento de esta última «obligación» debe ser rechazada de plano por el árbitro único y el tribunal arbitral.

- La única vía que tiene el contratista para pretender una indemnización por las consecuencias económicas negativas derivadas de la falta de la aprobación de adicionales de obra es la del enriquecimiento sin causa, la cual deberá ser tramitada a través de un proceso ante el Poder Judicial.
- La materialización de un supuesto de enriquecimiento sin causa exige la concurrencia de cinco elementos: el enriquecimiento, el empobrecimiento, la relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, la falta de causa que justifique el enriquecimiento y la subsidiariedad de la acción.

ADICIONALES DE OBRA EN LA ACTUAL LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO

*Fiorella Casaverde Cotos**

1. BREVE EXPLICACIÓN DEL ADICIONAL DE OBRA: ¿QUÉ ES?

El contrato puede modificarse por diversos supuestos, los cuales se encuentran contemplados por la norma especializada. Así, las modificaciones al contrato pueden producirse por adicionales y/o reducciones de las prestaciones, así como ampliaciones de plazo.

Nos corresponde profundizar en el análisis de los adicionales de obra, los cuales se encuentran contemplados en el artículo 34 del Decreto Legislativo n.º 1341 que modificó la Ley de Contrataciones del Estado vigente, los cuales pueden ser definidos como las modificaciones al contrato que vienen representadas por la inclusión de prestaciones que no fueron consideradas en el expediente técnico, ni en el contrato de obra o sus bases y que resultan indispensables para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente.

Al respecto, la Directiva n.º 011-2016-CG-GPROD de la Contraloría General de la República, establece en su numeral 6.3 que las prestaciones adicionales de obra se pueden originar por: a) situaciones

* Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de Piura. Candidata a magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Se ha desempeñado como secretaria arbitral del Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la PUCP y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato; y b) deficiencias en el expediente técnico.

La Opinión n.º 167-2016/DTN de OSCE establece una precisión entre las posibles diferencias entre una prestación adicional y una obra nueva. Sobre el particular, señala que en el caso de obras, el término prestación implica la ejecución de la obra y la prestación adicional de obra implica la ejecución de una obra adicional a la contemplada en el contrato, por lo que no existe diferencia entre la prestación adicional de obra y la ejecución de obras adicionales.

De esta manera, una prestación (independiente de la denominación que se le atribuya) será considerada una prestación adicional de obra cuando implique la ejecución de una obra adicional que no se encuentre prevista en el expediente técnico ni en el contrato original, cuya realización sea indispensable o necesaria para el cumplimiento de la meta prevista en la obra principal y siempre que genere un presupuesto adicional de obra, debiendo considerarse estas características como concurrentes. Finalmente, la opinión indicada precisa que en caso no se cumplan todas las características señaladas anteriormente estaremos ante otro tipo de prestaciones o una prestación nueva de obra.

En relación con los adicionales de obra, Linares¹ establece una serie de características que nos parece interesante reproducir a efectos de poder reconocer si nos encontramos ante un adicional de obra:

1. Constituye una prerrogativa pública, exorbitante del derecho común.

¹ LINARES JARA, Mario. «Comentario del 2009 a “Adicionales de Obra Pública. Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin causa”». *Revista de Derecho Valdivia*, 2009, p. 181. Disponible en <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14020>>. Consulta 14 de diciembre de 2018.

2. Se trata de «prestaciones», es decir, implica una actividad material humana (artificialidad).
3. Deben ser indispensables para alcanzar la finalidad del contrato.
4. Tienen su origen en: a) situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato; b) errores del expediente técnico; y c) hechos imprevisibles anteriores o simultáneos a la celebración del contrato.
5. Su ejecución por parte del contratista requiere autorización previa.
6. Requiere disponibilidad presupuestal.
7. Habilita a la entidad a sustraerse de la obligación de llevar a cabo un procedimiento de selección de contratistas.

De acuerdo a lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, en la directiva de la Contraloría General de la República y en la doctrina consultada podemos concluir que los adicionales de obra pueden definirse como una prestación vinculada al contrato, pero no contemplada en él originalmente, cuya ejecución es obligatoria para cumplir su finalidad, siendo sus posibles fuentes las situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, las deficiencias en el expediente técnico de la obra y las causas no previsibles en el expediente técnico de la obra.

2. LÍMITES A LAS MODIFICACIONES AL CONTRATO DERIVADAS DE LOS ADICIONALES DE OBRA

La Ley de Contrataciones del Estado indica que las modificaciones al contrato no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato, ya que, en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad. Por ello, para el caso de prestaciones adicionales de obra se establecen límites entre los cuales pueden requerirse y/o aprobarse las mismas.

El artículo 34.3 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que en el caso de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados. No obstante, en el supuesto que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra que deriven de deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato o por causas no previsibles en el expediente de obra, y que no sean responsabilidad del contratista, mayores al quince por ciento (15%) previamente señalado y hasta un máximo del cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, el titular de la entidad puede decidir autorizarlas, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista.

Lo señalado se condice con la Directiva n.º 011-2016-CG-GPROD de la Contraloría General de la República en la cual se señala que la prestación adicional se formula sobre el monto del contrato original y requiere la autorización de la Contraloría, cuando la incidencia acumulada supere el 15% hasta un máximo del cincuenta por ciento (50%) de dicho monto.

Así, conforme a lo previamente descrito, la Ley de Contrataciones del Estado establece los límites entre los que oscilan las prestaciones adicionales de obras. El primer límite se encuentra en aquellas prestaciones adicionales menores o iguales al quince por ciento (15%) y el segundo, en las mayores al quince por ciento (15%) hasta un tope del cincuenta por ciento (50%), encontrándose el procedimiento, requisitos y particularidades de cada uno de los intervalos señalados en los artículos 175 y 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado vigente, respectivamente.

2.1. Prestaciones adicionales de obras menores o iguales al quince por ciento (15%)

Sobre las prestaciones adicionales de obras menores o iguales al quince por ciento (15%), el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente establece en su artículo 175 que procederá la ejecución de prestaciones adicionales de obra cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal, según las reglas previstas en la normativa del Sistema Nacional de Presupuesto Público y con la resolución del titular de la entidad o del servidor del siguiente nivel de decisión a quien se hubiera delegado esta atribución.

Asimismo, para poder proceder con la ejecución de una prestación adicional de obra ésta deberá ser anotada en el cuaderno de obra, sea por el contratista, a través de su residente, o por el inspector o supervisor, según corresponda.

En un plazo máximo de cinco (5) días contados a partir del día siguiente de realizada la anotación, el inspector o supervisor, según corresponda, deberá comunicar a la entidad la anotación realizada, adjuntando un informe técnico que sustente su posición respecto a la necesidad de ejecutar la prestación adicional. Además, se requerirá el detalle o sustento de la deficiencia del expediente técnico o del riesgo que haya generado la necesidad de ejecutar la prestación adicional.

En el caso de obras convocadas por paquete que, por su naturaleza, no cuenten con inspector o supervisor a tiempo completo, el plazo para que dichos profesionales, según corresponda, comuniquen a la entidad la anotación realizada y adjunten el informe técnico que sustente su posición respecto a la necesidad de ejecutar la prestación adicional se computará a partir del primer día posterior a la fecha de la anotación, en que, según la programación, corresponda al inspector o supervisor estar en la obra.

Realizada la anotación y remitido el informe técnico, la entidad definirá si la elaboración del expediente técnico de la prestación adicional de obra estará a su cargo, a cargo de un consultor externo o a cargo del inspector o supervisor, este último en calidad de prestación adicional, aprobada conforme al procedimiento previsto en el artículo 139 del Reglamento. Para dicha definición, la entidad deberá tener en consideración la naturaleza, magnitud, complejidad, entre otros aspectos relevantes, de la obra principal, así como la capacidad técnica y/o especialización del inspector o supervisor, cuando considere encargarle a éste la elaboración del expediente técnico.

Concluida la elaboración del expediente técnico, el inspector o supervisor lo elevará a la entidad. En caso de que el expediente técnico lo elabore la entidad o un consultor externo, el inspector o supervisor contará con un plazo de cinco (5) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción del expediente técnico, para remitir a la entidad el informe en el que se pronuncie sobre la viabilidad de la solución técnica planteada en el expediente técnico. En ambos casos, de existir partidas cuyos precios unitarios no están previstos en el presupuesto de obra, se adjuntará al expediente técnico el documento del precio unitario pactado con el contratista ejecutor de la obra.

Existe, además, un tratamiento excepcional en el caso de prestaciones adicionales de obra de carácter de emergencia cuya falta de ejecución pueda afectar el ambiente o poner en peligro a la población, a los trabajadores o a la integridad de la misma obra, en cuyo caso la autorización previa de la entidad se realiza mediante comunicación escrita al inspector o supervisor a fin de que pueda autorizar la ejecución de tales prestaciones adicionales, sin perjuicio de la verificación que debe efectuar la entidad previamente a la emisión de la resolución correspondiente, sin la cual no puede efectuarse pago alguno.

La aprobación de prestaciones adicionales de obra por causas no previsibles en el expediente técnico no enerva la responsabilidad del

contratista de revisar la información que la entidad pone a su disposición y de formular las consultas y observaciones correspondientes, de modo que se complete, de ser el caso, la información necesaria para cumplir con la finalidad pública de la contratación; en consecuencia, la ejecución de las actividades que comprende la prestación adicional de obra procede respecto de lo que no pudo ser advertido de la revisión diligente del expediente técnico.

En los contratos de obra a precios unitarios, los presupuestos adicionales de obra se formulan con los precios del contrato y/o precios pactados y los gastos generales fijos y variables propios de la prestación adicional, para lo cual debe realizarse el análisis correspondiente teniendo como base o referencia el análisis de los gastos generales del presupuesto original contratado. Asimismo, debe incluirse la utilidad del presupuesto ofertado y el Impuesto General a las Ventas correspondiente.

Cuando en los contratos de obra a precios unitarios se requiera ejecutar mayores metrados no se requiere autorización previa para su ejecución, pero sí para su pago; el encargado de autorizar el pago es el titular de la entidad o a quien se le delegue dicha función. Para la aplicación de lo establecido en el presente párrafo, el monto acumulado de los mayores metrados y las prestaciones adicionales de obras, restándole los presupuestos deductivos vinculados, no puede superar el quince por ciento (15%) del monto del contrato original. El monto a pagarse por la ejecución de estos mayores metrados se computa para el cálculo del límite para la aprobación de adicionales, previsto en el segundo párrafo del numeral 34.3 del artículo 34 de la Ley de Contrataciones con el Estado.

En los contratos de obra a suma alzada, los presupuestos adicionales de obra se formulan con los precios del presupuesto referencial ajustados por el factor de relación y/o los precios pactados, con los gastos generales fijos y variables propios de la prestación adicional, para lo cual debe realizarse el análisis correspondiente teniendo como base o referencia los montos asignados en el valor referencial multiplicado

por el factor de relación. Asimismo, debe incluirse la utilidad del valor referencial multiplicado por el factor de relación y el Impuesto General a las Ventas correspondiente.

De no existir precios unitarios de una determinada partida requerida en la prestación adicional se pactarán nuevos precios unitarios, considerando los precios de los insumos, tarifas o jornales del presupuesto de obra y, de no existir, se sustenta en precios del mercado debidamente sustentados.

El pago de los presupuestos adicionales aprobados se realiza mediante valorizaciones adicionales. Cuando se apruebe la prestación adicional de obra, el contratista estará obligado a ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento. Igualmente, cuando se apruebe la reducción de prestaciones, el contratista podrá reducir el monto de dicha garantía.

Los adicionales, reducciones y los mayores o menores metrados que se produzcan durante la ejecución de proyectos de inversión pública deben ser comunicados por la entidad a la autoridad competente del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones.

2.2. Prestaciones adicionales de obras mayores al quince por ciento (15%) y menores al cincuenta por ciento (50%)

En relación con las prestaciones adicionales de obras mayores al quince por ciento (15%), el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente establece en su artículo 176 que deben ser aprobadas, en primer lugar, por el titular de la entidad, requiriendo para su ejecución y pago la autorización expresa de la Contraloría General de la República.

Asimismo, para la determinación del porcentaje referido se incluye los montos acumulados de los mayores metrados que no provengan de una variación del expediente técnico, en contratos a precios unitarios.

Se advierte que cuando nos encontremos ante prestaciones adicionales de obras mayores al quince por ciento (15%), la intervención de la Contraloría General de la República representará un requisito adicional al procedimiento desarrollado en el punto anterior. Asimismo, en el caso de adicionales con carácter de emergencia, la autorización de la Contraloría General de la República se emite previa al pago.

La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento, el cual debe ser motivado en todos los casos. El referido plazo se computa a partir del día siguiente que la entidad presenta la documentación sustentatoria correspondiente. Transcurrido este plazo sin que medie pronunciamiento de la Contraloría General de la República, la entidad estará autorizada para disponer la ejecución y/o pago de prestaciones adicionales de obra por los montos que hubiere solicitado, sin perjuicio del control posterior.

De requerirse información complementaria, la Contraloría General de la República comunica a la entidad este requerimiento en una sola oportunidad, a más tardar al quinto día hábil contado desde el inicio del plazo a que se refiere el párrafo precedente más el término de la distancia. La entidad contará con cinco (5) días hábiles para cumplir con el requerimiento. En estos casos el plazo se interrumpe y se reinicia al día siguiente de la fecha de presentación de la documentación complementaria por parte de la entidad a la Contraloría General de la República.

Al igual que en el caso de prestaciones adicionales menores al quince por ciento (15%), en las mayores a este porcentaje el pago de los presupuestos adicionales aprobados se realiza mediante valorizaciones adicionales; asimismo, aprobada la prestación adicional de obras, el contratista estará obligado a ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento.

El Reglamento indica que las prestaciones adicionales de obra y los mayores metrados que no provengan de una variación del expediente técnico en contratos a precios unitarios, en conjunto, no pueden superar el cincuenta por ciento (50%) del monto del contrato original. En caso que se superara este límite se procederá a la resolución del contrato, no siendo aplicable el artículo 138 del Reglamento; asimismo, para continuar con la ejecución de la obra deberá convocarse a un nuevo procedimiento por el saldo de obra por ejecutar, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponder al proyectista.

Por último, los adicionales, reducciones y los menores o mayores metrados que se produzcan durante la ejecución de proyectos de inversión pública deben ser comunicados por la entidad a la autoridad competente del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones.

2.3. Tratamiento de prestaciones adicionales mayores al cincuenta por ciento del monto del contrato original en el sistema de precios unitarios

De conformidad con el segundo párrafo del numeral 3 del artículo 34 de la Ley de Contrataciones del Estado, una entidad puede aprobar prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%).

Pero qué sucede en el caso que las prestaciones adicionales superen el 50% establecido como límite máximo y/o no provengan de deficiencias en el expediente técnico. Al respecto, el Reglamento establece una solución para los contratos celebrados bajo el sistema de precios unitarios.

Al respecto, el numeral 176.5 del artículo 176 del Reglamento dispone que:

Las prestaciones adicionales de obra y los mayores metrados que no provengan de una variación del expediente técnico, en contratos a precios unitarios, en conjunto, no pueden superar el cincuenta por ciento (50%) del monto del contrato original. En caso que superen este límite, se procede a la resolución del contrato, no siendo aplicable el artículo 138; para continuar con la ejecución de la obra debe convocarse a un nuevo procedimiento por el saldo de obra por ejecutar, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponder al proyectista.

En principio, el Reglamento establece claramente que en caso se supere el cincuenta por ciento (50%) del monto del contrato original se procederá con la resolución del contrato y se convocará un nuevo procedimiento de selección por el saldo de obra por ejecutar.

Sobre este punto, la Opinión n.º 051-2018/DTN desarrolla el tratamiento de los adicionales de obra mayores al cincuenta por ciento (50%) del monto del contrato original en contratos celebrados bajo el sistema de precios unitarios.

La citada opinión resalta los requisitos necesarios posteriores a la decisión de resolver el contrato por haberse excedido el límite previsto en el Reglamento. Sobre el particular, refiere que el segundo párrafo del artículo 177 del Reglamento establece que la parte que resuelve el contrato debe indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días; asimismo, el acta de constatación física e inventario en el lugar de la obra constituirá un documento que acompañará a todo contrato de obra que ha sido materia de resolución.

Una vez determinados los trabajos requeridos para culminar la obra, la entidad debe elaborar un nuevo expediente técnico por el saldo de obra, el mismo que debe incluir todos los elementos (partidas, metrados, etcétera) necesarios para culminar la obra y corregir los errores advertidos en su ejecución.

Por lo tanto, el saldo de obra debe incluir todos los trabajos necesarios para la correcta finalización de la ejecución de la obra, es decir, aquéllos que se derivan de partidas no ejecutadas como aquéllos necesarios para subsanar las partidas ejecutadas erróneamente, pudiendo incluirse mayores metrados o nuevas partidas para cumplir con tal finalidad.

La opinión señalada, manifiesta que el referido saldo de obra de un contrato resuelto constituirá el objeto de una nueva contratación con la finalidad de culminar con la obra, por lo que la entidad deberá convocar el nuevo procedimiento de selección que tenga por objeto la ejecución de dicho saldo, debiendo seguir el procedimiento previsto en la normativa vigente al momento de la convocatoria.

Finalmente, la referida opinión establece que el nuevo expediente técnico por el saldo de obra de un contrato resuelto (por haberse superado el monto máximo de adicional de obra) es un expediente técnico de obra distinto al expediente técnico de obra que formó parte del contrato resuelto.

3. RELACIÓN Y DIFERENCIA ENTRE MAYORES METRADOS Y ADICIONALES DE OBRA

Las obras públicas pueden ser ejecutadas directamente por el Estado mediante administración directa, sin embargo, también pueden ejecutarse a través de un tercero.

Si la obra se lleva a cabo bajo los parámetros de la Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento, las prestaciones podrán ser ejecutadas de acuerdo a diversos sistemas de contratación contemplados en dichas normas. Así, tenemos al sistema de suma alzada, al sistema de precios unitarios y, por último, al sistema mixto.

3.1. Sistema de contratación a suma alzada

El sistema de suma alzada se encuentra regulado en el artículo 14 del Reglamento de Contrataciones con el Estado, modificado por el Decreto Supremo n.º 056-2017/EF.

Este sistema es aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación están definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra respectivas. El postor formula su oferta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución, para cumplir con el requerimiento.

Es decir, este sistema puede utilizarse cuando existe una concepción exacta de las medidas y magnitud de la obra. Por el contrario, este tipo de sistema no puede emplearse en obras de saneamiento y viales.

La Opinión n.º 023-2018/DTN de OSCE, señala con relación al empleo de este sistema, que para el caso de obras presupone que las cantidades, magnitudes y calidades de los trabajos necesarios para su ejecución se encontraban debidamente definidas en el expediente técnico, de tal manera que, el riesgo de variación de los metrados consignados se veía reducido.

En ese contexto, el postor se obligaba a realizar el íntegro de los trabajos necesarios para la ejecución de la obra requerida por la entidad, en el plazo y por el monto ofertados en sus propuestas técnica y económica —respectivamente—, las cuales eran parte del contrato; a su vez, la entidad se obligaba a pagar al contratista el monto o precio ofertado en su propuesta económica. De esta manera se advierte la invariabilidad del precio pactado en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada.

En esta opinión se concluye que la aplicación del referido sistema de contratación determinaba, conforme al Reglamento anterior, que la

entidad debía pagar el precio total de los metrados contratados correspondientes al periodo de valorización, aun cuando los metrados efectivamente ejecutados resultaran menores o mayores a los contemplados en el expediente técnico.

Sobre esta posición, la Opinión n.º 021-2011/DTN del OSCE indica que en los contratos de obra bajo el sistema de suma alzada sólo procederá la ejecución de prestaciones adicionales por modificación de planos o especificaciones técnicas y no por el mayor o menor número de metrados, los cuales deben ser asumidos por el contratista.

Retamozo,² en comentario a la Opinión n.º 021-2011/DTN del OSCE, indica que si existen mayores metrados, la liquidación final de obra debe realizarse teniendo en cuenta únicamente los metrados contratados, por lo que el costo de los mayores metrados será asumido por el contratista, atendiendo a la naturaleza del sistema de contratación a suma alzada, opinión que compartimos.

3.2. Sistema de contratación a precios unitarios

El sistema de precios unitarios también se encuentra regulado en el artículo 14 del Reglamento de Contrataciones del Estado, modificado por Decreto Supremo n.º 056-2017/EF.

Este sistema es aplicable en las contrataciones de bienes, servicios en general, consultorías y obras, caracterizando al mismo que se utilizará cuando no se puede conocer con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas.

En el caso de obras, el postor formula su oferta proponiendo precios unitarios considerando las partidas contenidas en los documentos del procedimiento, las condiciones previstas en los planos y especificaciones

² RETAMOZO LINARES, Alberto. *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, tomo II, p. 258.

técnicas y las cantidades referenciales, que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución.

Por lo señalado, el sistema de precios unitarios es un sistema de contratación aplicable a aquellas contrataciones en las que el cálculo exacto de las cantidades o magnitudes de las prestaciones que corresponde ejecutar al contratista no resulta posible debido a las características de dicha obra.

La Opinión n.º 105-2018/DTN, señala con relación a la Ley y al Reglamento anterior a las modificatorias del año 2017:

El sistema a precios unitarios resultaba aplicable cuando no podía conocerse con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes que se requerían; es decir, correspondía emplear el sistema de precios unitarios cuando los trabajos que debían ser ejecutados por el contratista, en una obra, estaban definidos mas no sus metrados, los cuales se encontraban consignados en el expediente técnico, pero de forma referencial; de esta manera, la cantidad de metrados necesarios para una obra de esta naturaleza, así como el monto que debía ser pagado por la entidad, sólo podían conocerse cuando el contratista ejecutaba la obra.

En igual sentido la Opinión n.º 029-2018/DTN establece:

Tomando en cuenta que en las obras contratadas bajo el sistema «de precios unitarios», la información contenida en los documentos del proceso de selección de dichas contrataciones tenían un carácter referencial, no era posible cuantificar con exactitud los trabajos que debían ser realizados por el contratista; por lo que los metrados necesarios para una obra de esta naturaleza, así como el monto que debía ser pagado por la entidad, sólo podían conocerse —en su totalidad— cuando el contratista ejecutaba la obra, considerando los precios unitarios ofertados en función de las partidas y condiciones consignadas en el expediente técnico de obra.

¿Qué sucede cuando en un contrato de obra suscrito bajo el sistema de precios unitarios se ha omitido un componente o se ha agregado un componente? La Opinión n.º 029-2018/DTN de OSCE establece que en los contratos de obra ejecutados bajo el sistema de precios unitarios, la entidad debía efectuar el pago al contratista conforme a los metrados efectivamente ejecutados y de acuerdo a los precios unitarios ofertados por éste, en atención a las partidas y condiciones establecidas en el expediente técnico de la obra.

En ese sentido, la omisión de un componente o material en la oferta ganadora del contratista no constituye por sí misma una causal que faculte a la entidad a aprobar prestaciones adicionales de obra, en el marco de lo dispuesto por la anterior normativa de contrataciones del Estado, ello tomando en consideración que en los contratos de obra ejecutados bajo el sistema de precios unitarios correspondía a la entidad efectuar el pago al contratista conforme a los metrados efectivamente ejecutados y de acuerdo a los precios unitarios ofertados por éste, en atención a las partidas y condiciones establecidas en el expediente técnico de la obra.

Asimismo, con relación al exceso de un componente o material en la oferta ganadora del contratista no constituía, por sí mismo, una causal que facultaba a la entidad a reducir prestaciones de obra, en el marco de lo dispuesto por la anterior normativa de contrataciones del Estado, ello tomando en consideración que en los contratos de obra ejecutados bajo el sistema de precios unitarios correspondía a la entidad efectuar el pago al contratista conforme a los metrados efectivamente ejecutados y de acuerdo a los precios unitarios ofertados por éste, en atención a las partidas y condiciones establecidas en el expediente técnico de la obra.

Lo expresado en la referida opinión es aplicable a la normativa vigente.

3.3. Sistema de contratación mixto de suma alzada y de precios unitarios

Este sistema se encuentra contemplado en el tercer párrafo del artículo 14 del Reglamento de Contrataciones del Estado, modificado por Decreto Supremo n.º 056-2017/EF.

Se utilizará este tipo de sistema cuando las prestaciones a ejecutarse contienen componentes que pueden estar bien definidos y cuantificados y, a la vez, componentes cuya cuantificación no se puede realizar. En el primero de los casos se aplicará el sistema de suma alzada; en el segundo, el sistema de precios unitarios.

Conforme al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en el caso de obras, cuando en el expediente técnico uno o varios componentes técnicos corresponden a magnitudes y cantidades no definidas con precisión se contratan bajo el sistema de precios unitarios, en tanto los componentes cuyas cantidades y magnitudes estén definidas en el expediente técnico se contratan bajo el sistema de suma alzada.

4. MODIFICACIONES AL TRATAMIENTO DE LOS ADICIONALES DE OBRA DE CONFORMIDAD CON LAS MODIFICACIONES A LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO VIGENTES A PARTIR DEL 30 DE ENERO DE 2019

La Ley de Contrataciones del Estado, Ley n.º 30225, ha sido modificada mediante Decreto Legislativo n.º 1444, publicado en el diario *El Peruano* el 16 de septiembre de 2018; asimismo, su Reglamento fue modificado el 31 de diciembre de 2018. Ambas modificaciones entraron en vigencia el 30 de enero de 2019.

Con relación a los adicionales de obra, la redacción del nuevo artículo 34 de la Ley de Contrataciones con el Estado establece cuáles

son los posibles casos de modificación del contrato, considerando los siguientes supuestos: i) ejecución de prestaciones adicionales; ii) reducción de prestaciones; iii) autorización de ampliaciones de plazo; y (iv) otros contemplados en la Ley y el Reglamento.

Sobre los porcentajes permitidos para aprobación de adicionales de obra se ha mantenido el estándar del quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, con un tope del cincuenta por ciento (50%) en casos de deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato o por causas no previsibles en el expediente técnico de obra y que no son responsabilidad del contratista.

No obstante, en el caso del tope máximo ya no se requiere de la aprobación del titular de la entidad, sino solamente de la Contraloría General de la República. Asimismo, ya no se hace mención a la existencia de los recursos necesarios para asumir el pago del adicional de obra.

Por último, se ha suprimido el párrafo que indicaba que de aprobarse la ampliación de plazo debe reconocerse los gastos y/o costos incurridos por el contratista, siempre que se encuentren debidamente acreditados.

En relación con los porcentajes permitidos para la aprobación de los adicionales de obra, los artículos 205 y 206 del nuevo Reglamento establecen los procedimientos para su aprobación y pago.

La última modificación del Reglamento contenida en el artículo 205 que desarrolla los requisitos para las prestaciones adicionales menores o iguales al quince por ciento (15%) ya no contempla la posibilidad que la elaboración del expediente técnico esté a cargo de la entidad, como sí se establecía en el artículo 175(4) del Reglamento vigente.

Esta modificación incide directamente en los plazos que se deben observar al momento de la tramitación de un adicional. Ya que el contratista es quien se encargará de presentar el expediente técnico, ahora se establece un plazo para su entrega, este plazo es dentro de los quince (15) días siguientes a la anotación en el cuaderno de obra.

Asimismo, los plazos con los que cuenta el inspector o supervisor de la obra para remitir la conformidad sobre el expediente técnico se amplía de los cinco (5) días establecidos en el Reglamento vigente a diez (10) días en el Reglamento modificado.

Otra modificación establecida en el nuevo Reglamento se relaciona con que en los contratos de obra, en general, independientemente del sistema de contratación elegido, los presupuestos adicionales de obra se formulan con los precios del contrato y/o precios pactados, y los gastos generales fijos y variables propios de la prestación adicional para lo cual se realiza el análisis correspondiente teniendo como base o referencia el análisis de los gastos generales del presupuesto original contratado. Asimismo, se incluye la utilidad del presupuesto ofertado y el Impuesto General a las Ventas correspondiente.

Adicionalmente, si se trata de adicionales bajo el sistema de precios unitarios, el nuevo Reglamento establece que deben estar previamente autorizados por el supervisor o inspector a través de su anotación en el cuaderno de obra y comunicados a la entidad previamente a su ejecución. A diferencia del Reglamento vigente que permite su ejecución sin autorización, sin embargo, dicha autorización sí es necesaria para su pago.

Del mismo modo, la segunda parte del artículo 205.13 establece que en caso de falta de acuerdo en los precios unitarios que no se hayan consignado en una determinada partida, si no llega a existir acuerdo con el contratista, a fin de no retrasar la aprobación y la ejecución de la prestación adicional, el supervisor o inspector se encontrará facultado

para fijar provisionalmente un precio, el cual se aplicará, sin perjuicio de que el contratista pueda someterlo a procedimiento de solución de controversias dentro de un plazo de caducidad de treinta (30) días hábiles contados desde la aprobación del presupuesto de la prestación adicional. Esta solución no se encontraba establecida en el Reglamento vigente.

Con relación a la ampliación del monto de garantía de fiel cumplimiento, el Reglamento vigente no establece un plazo específico para el cumplimiento de esta obligación; sin embargo, la modificación prevé como plazo ocho (8) días hábiles contados a partir de ordenada la prestación adicional.

Finalmente, el Reglamento modificado señala como novedad que en los casos en los que el contratista, para la elaboración del expediente técnico del adicional de obra, requiera realizar ensayos especializados de alta complejidad y/o la participación de algún especialista que no esté contemplado en la relación de su personal clave, corresponde incluir su costo en los gastos generales propios del adicional.

5. BIBLIOGRAFÍA

GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Manual de la Ley de Contrataciones del Estado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2015.

LINARES JARA, Mario. «Comentario del 2009 a “Adicionales de Obra Pública. Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin causa”». *Revista de Derecho Valdivia*, 2009, p. 181. Disponible en <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14020>>. Consulta 14 de diciembre de 2018.

PAREDES MORALES, Luis. *Manual de contrataciones del Estado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018.

RETAMOZO LINARES, Alberto. *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, tomo II.

Normas

- Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo n.º 30225 modificada por Decreto Legislativo n.º 1341.
- La Ley de Contrataciones con el Estado, Ley n.º 30225 modificada por el Decreto Legislativo n.º 1444.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por el Decreto Supremo n.º 350-2015-EF, modificada por el Decreto Supremo n.º 056-2017-EF.

Directivas de la Contraloría General de la República

- Directiva n.º 011-2016-CG-GPROD

Opiniones de OSCE

- Opinión n.º 167-2016/DTN
- Opinión n.º 051-2018/DTN
- Opinión n.º 021-2011/DTN
- Opinión n.º 023-2018/DTN
- Opinión n.º 105-2018/DTN
- Opinión n.º 029-2018/DTN

EL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO: LA TRIPLE RESTRICCIÓN

*Rodrigo Freitas Cabanillas**

1. INTRODUCCIÓN

Imaginemos que deseamos realizar un viaje familiar de Lima a Cusco, programándose el viaje por cinco días y contándose con un presupuesto de cinco mil soles, el cual incluye los boletos aéreos, hospedaje, comidas, transporte y paseos para cuatro personas (número de miembros de la familia).

Pongámonos en dos situaciones particulares. Qué sucede si la familia desea programar una visita turística adicional, queriendo visitar las ruinas de Moray y la salinera de Maras. Para ello se tendrían que quedar dos días más en la ciudad del Cusco. Evidentemente, lo que se está variando es el tiempo, trayendo como consecuencia que el alcance original se modificará y el costo aumentará. Ahora imaginemos que estando en la ciudad del Cusco pasó un imprevisto y se disminuyó el presupuesto del viaje, por lo que había dos caminos: reducía los días del viaje o se disminuía la calidad del mismo (yendo a un hotel más económico), causando malestar en algunos miembros de la familia.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. MBA en Gestión de Proyectos por la Universidad Rey Juan Carlos. Árbitro inscrito en la nómina de árbitros del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado y en el Registro Nacional de Árbitros del OSCE. Asociado fundador de Peruvian Young Arbitrators y miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción.

Si ponemos atención al ejemplo antes descrito, lo que está detrás del viaje es un proyecto y todo proyecto cuenta con tres elementos base que son: alcance, plazo y precio, conocido como la triple restricción.¹ Si modificamos uno de ellos, automáticamente los dos restantes van a sufrir una modificación, como sucedió con la modificación del plazo y el costo del viaje, generando un desequilibrio en el proyecto.

Si bien a primera vista no se puede discernir la relación entre la triple restricción con el equilibrio económico financiero, debemos enfatizar que el equilibrio de todo proyecto se basa, justamente, en estos tres elementos; cuando se rompe un elemento es cuando se produce el desequilibrio económico financiero y para restablecerlo se tiene que realizar inmediatamente cambios o modificaciones.

Cuando el privado contrata con el Sector Público, enfáticamente está vendiendo, elaborando o ejecutando un proyecto, y este proyecto puede sufrir modificaciones. Actualmente, lo que se busca es tener un contratista diligente que al momento de presentar su oferta técnica económica a la entidad se entiende que ha elaborado un análisis de costo-beneficio, con sustento en proyecciones de los componentes concluyentes del costo sobre las obligaciones a su cargo y haciendo hincapié al momento de ejecutar el contrato; y por el otro lado, se quiere una entidad que evalúe de manera imparcial y acatando la finalidad pública de las propuestas entregadas, otorgando la buena pro con base en una elección de acuerdo a ley.

Sin perjuicio de todos los problemas que podemos tener en la etapa de actos preparatorios, las partes logran suscribir los contratos con el Estado y es en ese preciso momento donde las partes deberían actuar bajo un principio de igualdad entre sus derechos y obligaciones, esto debe comprenderse desde un punto de vista relativo, entendiéndose que

¹ JUÁREZ CROSETTO, Eduardo. «Triple restricción en un proyecto, costo, tiempo y alcance». En blog *Aprender Compartiendo*, 19 octubre, 2016. Disponible en <<http://sumo.ly/AfGK>>.

existe un valor subjetivo de las partes sobre sus prestaciones, siendo una valoración expresada en el contrato y que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, debe ser respetada.²

La aparición de riesgos o elementos no previstos después de la formalización del contrato puede afectar las prestaciones y la complejidad de la relación contractual, generando un serio problema de intereses y confianza; sin embargo, bajo el principio del equilibrio económico financiero, las partes no van a buscar volver a las condiciones como en un inicio fueron pactadas, sino van a asegurar de forma juiciosa y equitativa que las utilidades y los costos pactados inicialmente puedan mantener un equilibrio.³ Y es que lo que busca el mencionado principio es, justamente, ser una opción para el cumplimiento del fin público, ya que se indemnizará al perjudicado, en contraposición de tomar el camino de la resolución de contrato.

En esta oportunidad, queremos respondernos las siguientes preguntas: ¿en qué consiste el principio?; ¿cuál es el origen de la fractura del principio y qué requisitos deben tomarse en cuenta para su aplicación?; ¿el arbitraje es la solución? Estas preguntas son importantes y más para los operadores que trabajan y se encuentran en la etapa de ejecución de contrato o bajo los mecanismos de solución de controversias, y es justamente lo que se desea responder mediante el presente artículo.

² GRANADILLO, Raúl. *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*. Buenos Aires: Astrea, 1990, p. 5.

³ DAMMERT LIRA, Alfredo. «Equilibrio económico-financiero en los contratos de concesión en obras de infraestructura». *Revista de Derecho Administrativo*. Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, n.º 7, p. 338.

2. EN QUÉ CONSISTE EL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO EN EL MARCO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO?

Cuando hacemos referencia al equilibrio económico financiero de los contratos, evidentemente nos estamos manifestando sobre la base de la cláusula *rebus sic stantibus*, cuyo nacimiento se dio en el derecho canónico, consintiendo la modificación del contrato de tracto sucesivo si las circunstancias bajo las cuales fueron celebrados no subsistían,⁴ evidentemente ello es contraposición a lo que anteriormente era regulado mediante el principio *pacta sunt servanda*, el cual exige el cumplimiento de las partes conforme los términos pactados, sin importar que las obligaciones originalmente pactadas hayan sufrido modificaciones.

A efectos de entender el concepto del equilibrio económico financiero del contrato, en primer lugar, nos remitimos a lo señalado por la doctrina, donde podemos encontrar que existen dos motivos en los que surge el mencionado principio.

El primero, y de acuerdo a los doctores Santistevan de Noriega y Álvaro Loredo,⁵ una vez que contratan las partes, su intención es que no exista ninguna modificación de lo ya antes pactado; sin embargo, puede existir que las condiciones estipuladas desde el inicio se modifiquen por un hecho sobreviniente, no siendo culpa de las partes, y posiblemente éstas se pueden perjudicar, afectando lo que antes mencionamos como la triple restricción, quedando habilitada la opción de renegociación de los términos del contrato; y para ello se utiliza el principio del equilibrio económico financiero sobre la búsqueda de la simetría en las prestaciones originalmente establecidas; y es que estas variaciones pueden generar ma-

⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Lima: Palestra, 2010, tomo II, p. 509, nota 109.

⁵ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge y LOREDO, Álvaro. «El equilibrio económico financiero en los contratos que se suscriben con el Estado, con especial referencia a los contratos de concesión para la promoción de la inversión privada en obras de infraestructura pública». *Ius et Veritas*. Lima, 2006, n.º 33.

yor onerosidad para cumplir las obligaciones de una de las partes; es en ese escenario donde el elemento del costo en la triple restricción se ha modificado y entra la labor del principio para restablecer su equilibrio financiero.

Por otro lado, tenemos otros autores, como el doctor Osvaldo Oelckers Camus, que señala que el principio económico financiero se manifiesta como una garantía contra los poderes exorbitantes del Estado, enfatizando que los contratistas exponen poca seguridad ante la posibilidad de variación del contrato por parte de la entidad por razones de interés público, pudiendo solicitar de la entidad las indemnizaciones o bonificaciones que estima necesarias para el equilibrio del contrato,⁶ y es que, como lo mencionamos en la introducción del presente artículo, este principio es una alternativa para dar prioridad al cumplimiento de la finalidad del interés público, no haciendo que el contratista resuelva o deje de lado el contrato, sino que se le conceda un tipo de indemnización por las acciones tomadas por el Estado.

En el Perú, como primer antecedente de la regulación del equilibrio económico financiero se encuentra el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al Sector Privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, publicado mediante Decreto Supremo n.º 059-96-PCM, que en los literales b) y c) del artículo 33 estipula que cuando resultase conveniente modificar la concesión, las partes procurarán respetar, en lo posible, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas, y el equilibrio financiero para ambas partes.⁷ Indudablemente la presente

⁶ OELCKERS, Osvaldo. «Los riesgos y el equivalente económico en el contrato administrativo de obra pública». *Revista de Derecho*. Universidad Católica de Valparaíso, 1980, n.º IV, p. 187.

⁷ Decreto Supremo n.º 059-96-PCM
Artículo 33.- Cuando resultare conveniente modificar la concesión, las partes procurarán respetar, en lo posible, lo siguiente:
a) la naturaleza de la concesión;
b) las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas; y,
c) el equilibrio financiero para ambas partes.

regulación está a favor de la renegociación de los contratos y ello es coherente con la interpretación de que en los contratos estatales tienen que primar su cumplimiento, y es que, como bien señala Dromi, «lo que importa, en vista del interés general, es que el contrato se cumpla».⁸

En ese sentido es que en la nueva Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la LCE) tiene por incorporado el principio de equilibrio económico financiero, previsto en el artículo 34, no existiendo precedente en las anteriores leyes sobre contrataciones del Estado. Este artículo señala lo siguiente:

Artículo 34.- Modificaciones al contrato

34.1 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. En este último caso, la modificación debe ser aprobada por la entidad. Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; *en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad.*

34.2 El contrato puede ser modificado en los siguientes supuestos: i) ejecución de prestaciones adicionales; ii) reducción de prestaciones; iii) autorización de ampliaciones de plazo; y (iv) otros contemplados en la Ley y el Reglamento.

[...]

34.10 Cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, *las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato siempre que las mismas deriven de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas que no sean imputables a alguna de las partes, permitan alcanzar su finalidad*

⁸ DROMI, Roberto. *Las ecuaciones de los contratos públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, p. 36.

de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto. Cuando la modificación implique el incremento del precio debe ser aprobada por el titular de la entidad. (Énfasis nuestro).

Como se puede observar, el sentido que le ha dado la LCE es, justamente, abarcar los dos conceptos entendidos por la doctrina y es que en los numerales 34.1 y 34.2 del artículo antes mencionado se puede observar que abarca las facultades exorbitantes del Estado bajo el concepto de reducción de prestaciones, adicionales, ante lo cual el contratista puede llegar a sufrir el deterioro económico en su patrimonio. En todo caso, lo que busca la LCE es restablecer una vinculación originaria según ciertos presupuestos que se han modificado por iniciativa de la entidad o del contratista. Y, por otro lado, se encuentra el numeral 34.10, precisando que puede haber otras modificaciones con hechos sobrevinientes no atribuibles a las partes, pero que sí generan una afectación en el precio del contrato.

Por otro lado, precisamos que la LCE no ha realizado una diferenciación para el uso del equilibrio económico financiero; ello quiere decir que este principio se puede utilizar para los contratos de bienes, servicios, consultorías y obras, reforzando la idea que es un principio general para la gestión contractual en los contratos del Estado. Sumado a que la entidad es la que asigna y coloca todas las cláusulas al momento de contratar —un símil de un contrato por adhesión—, teniendo, justamente, el contratista que adecuarse a la situación en la que desea licitar, lo que lo posiciona en una situación de desventaja.

Por ello, y con base en los numerales 34.1 y 34.1, es que este principio debe entenderse como el derecho del contratista a no verse afectado por el ejercicio de potestades exorbitantes de parte del Estado y la obligación legal de parte de la entidad a no perjudicar la uniformidad que

debe existir entre las obligaciones inicialmente establecidas en el contrato;⁹ ello se ve reflejado en la exposición de motivos de la ley que precisa:

Esta disposición flexibiliza la gestión de los contratos, reconociendo la necesidad que puede presentarse en la ejecución de algunos contratos de realizar modificaciones al mismo a fin de lograr la finalidad pública que con éstos se persigue. Además, *estas modificaciones deben respetar el principio de equilibrio económico que orienta toda modificación contractual*.¹⁰ (Resaltado nuestro).

Pero ¿quién puede modificar el contrato? Quienes están legítimamente reconocidos para hacer modificaciones al contrato son el contratista y la entidad. Para que exista una modificación contractual conforme a la LCE, de parte de la entidad sólo es necesario que lo ordene, y ello con base en sus facultades exorbitantes; mientras que por el lado del contratista no solamente se necesita su intención, sino la autorización y aprobación de parte de la entidad, teniendo como única condición en ambos casos que se alcance la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. Y si bien el equilibrio económico financiero es transversal para todos los contratos, respecto al pago de las modificaciones el artículo 34 de la LCE sí establece una diferenciación entre los contratos y su límite impuesto sobre los porcentajes de los montos contractuales:

- **Para los contratos por bienes, servicios y consultorías:** la entidad puede pagar directamente hasta un 25% más del monto del contrato original en caso se realice adicionales o reducciones, con la condición que estas modificaciones sean indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.

⁹ VILLAVICENCIA, Luis Fernando. *El principio de equilibrio económico financiero del contrato en la Ley de Contrataciones del Estado*. Tesis del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018, p. 24.

¹⁰ Exposición de motivos de la Ley de Contrataciones del Estado n.º 30225, p. 31.

- **Para los contratos de obras:** los adicionales pueden ser hasta en un 15% del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados. Por otro lado, cuando se realice prestaciones adicionales por deficiencias del expediente técnico, hecho imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato o causas no previsibles en el expediente técnico y que no sean de responsabilidad del contratista, pueden ser hasta un máximo del 50% del monto originalmente contratado.

A diferencia de los contratos de bienes, servicios y consultoría, los contratos de obra son más complejos y conflictuales, la ejecución nace por medio de un expediente técnico, el mismo que al momento de su ejecución se encuentra en continuo movimiento para su adecuación con la meta de cumplir con el alcance del proyecto, y es por ello que el contrato de obra se va haciendo progresivamente. Por eso cuando hablamos sobre el contrato de obra intrínsecamente nos estamos refiriendo al concepto «riesgo» y el problema se magnifica cuando los riesgos no están debidamente asignados, delimitados e identificados dentro del contrato, pues los contratos públicos no son negociables, son contratos estándar elaborados bajo un prototipo aprobado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, el OSCE), esto se convierte en un elemento fundamental para el tema de la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato.

Así, pues, nos preguntamos cómo incorporar los riesgos en la contratación pública. Lo ideal sería que al momento que nazca la licitación, la entidad ya incorpore los riesgos como un costo y que al momento de presentarse la propuesta también se incorpore los riesgos identificados; y es que si no lo que tenemos ahora es que los contratistas se valen de la incorporación de cláusulas de corrección monetaria y fórmulas polinómicas para mitigar los riesgos imprevisibles, es por ello que la una cláusula o el reconocimiento del equilibrio económico financiero va generar el soporte y va luchar contra el incumplimiento del fin público.

Para poner un ejemplo sobre los riesgos y como mitigarlos, tenemos la Opinión n.º 079-2008/DOP de fecha 29 de octubre de 2008 de la Dirección Técnica del OSCE, donde se consulta sobre la posibilidad de incorporar cláusulas de reajuste de precios en los contratos celebrados con las entidades, al amparo de la normativa sobre contratación pública y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 del Reglamento, que es una versión anterior de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Al respecto, al momento de absolver la consulta, el OSCE admite que los contratos pueden considerar fórmulas de reajuste conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, pero bajo la condición que los postores lo soliciten en la etapa de consultas, y es la entidad la que va tomar la decisión de acoger o no ese pedido. Pero si durante la ejecución del contrato existe la variación de las condiciones económicas que altera el equilibrio y convierte a la prestación en excesivamente onerosa para el contratista, éste se encuentra facultado para iniciar un proceso arbitral con el fin de solicitar su reajuste,¹¹ siendo ello un caso específico del numeral 34.10. del artículo antes mencionado.

Y es que el artículo 34.10, de acuerdo a lo anteriormente mencionado, especifica y hace referencia a otras modificaciones debido a hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas, acotando también que estos hechos no le sean imputables a alguna de las partes.

Esta causal engloba y va más allá de las restricciones del contrato, ya que al señalar específicamente sobre los hechos que se den posterior a la presentación de propuestas, incluye que el rango para aceptar una modificación sea antes y durante de la suscripción del contrato. Esto va en referencia a las fórmulas de reajuste de precios, lo que está expuesto desde las bases de la licitación, y cuando exista un error en ellas la Ley ampara su indemnización y modificación conforme al equilibrio económico financiero; sin embargo, para estas «otras modificaciones» la ley

¹¹ GANDOLFO, Ricardo. «El equilibrio económico financiero en la Ley de Contrataciones del Estado». *Revista Arbitraje PUCP*. Lima, 2016, n.º 6, p. 74.

pone un requisito que es que no es posible el cambio de los elementos determinantes del objeto y cuando la modificación implique el incremento del precio debe ser aprobada por el titular de la entidad. Este numeral puede ser entendido como una caja de pandora, ya que estas otras modificaciones se van dar cuando no resulten aplicables los adicionales, las reducciones y ampliaciones; es ahí recién cuando las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato.

Un ejemplo de lo anterior es lo señalado en la Opinión n.º 269-2017/DTN de fecha 27 de diciembre de 2017 de la Dirección Técnica Normativa del OSCE, que precisa que un hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato no imputable a las partes se puede sustentar —entre otros supuestos— sobre la base de un *caso fortuito o fuerza mayor* ocurrido después de haberse perfeccionado dicho contrato. Para tal efecto, resulta pertinente tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 1315 del Código Civil,¹² el cual establece que: «Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

En ese sentido, es necesario señalar que un hecho extraordinario¹³ se configura cuando sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera del orden natural o común de las cosas. Asimismo, un hecho es imprevisible¹⁴ cuando supera o excede la aptitud razonable de previsión del deudor en la relación obligatoria, puesto que el deudor tiene el deber de

¹² El Código Civil es de aplicación supletoria a los contratos que se ejecutan bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, conforme a lo establecido en la primera disposición complementaria final del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

¹³ Según el Diccionario de la Lengua Española, vigésima tercera edición, lo extraordinario es aquello '1. adj. Fuera del orden o regla natural o común'. Disponible en <<http://dle.rae.es/?id=HP5RXLV>>.

¹⁴ Según el Diccionario de la Lengua Española, vigésima tercera edición, lo imprevisible es aquello '1. adj. Que no se puede prever'. Disponible en <<http://dle.rae.es/?id=L7EnyuT>>.

prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible. Por su parte, el que un hecho sea irresistible¹⁵ significa que el deudor no tiene posibilidad de evitarlo, es decir, no puede impedir, por más que lo desee o intente, su acaecimiento. Al respecto, si se llega configurar un *caso fortuito o fuerza mayor* denota que exime de responsabilidad a las partes, específicamente, a aquélla que se ve imposibilitada de ejecutar las prestaciones a su cargo, por lo que no resulta imputable a alguna de las partes, y todo este marco es aplicable bajo el numeral 34.10 de la LCE.

Asimismo, otro concepto que consideramos que ingresa en la caja de pandora es la excesiva onerosidad de la prestación, siempre que la misma derive de hechos sobrevinientes. El Código Civil, respecto a este concepto, lo regula en su artículo 1440, precisando:

En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

Justamente, cuando exista una excesiva onerosidad de la prestación es que las partes pueden acudir frente a un juez para solicitar la reducción o aumento de la prestación de una de las partes. La LCE señala que las otras modificaciones deben ser por hechos sobrevinientes, que es justamente una de las características de la excesiva onerosidad de la prestación, y si ésta llega ser excesivamente onerosa posibilita la renegociación del contrato, bajo lo antes mencionado sobre lo extraordinario e imprevisible, y si implica la variación del precio esto debe ser aprobado

¹⁵ Según el Diccionario de la Lengua Española, vigésima tercera edición, lo irresistible es aquello '1. adj. Que no se puede resistir'. Disponible en <<http://dle.rae.es/?id=M8f2fZB>>.

por el titular de la entidad, y se puede entender que esta función es indelegable.

Por último, es importante entender la regulación del equilibrio económico financiero como norma de orden público, y es importante preguntarnos ello, ya que las normas de orden público son de cumplimiento incondicional, no pueden ser derogadas por las partes y, donde el interés general de la sociedad y del Estado supedita el interés particular, para la protección de ciertas instituciones que tienen elevada importancia para el mantenimiento de la seguridad jurídica;¹⁶ por tanto, es correcto entender lo regulado en el equilibrio económico financiero como una norma de orden público donde no es aceptable el pacto en contrario, ya que, como mencionamos anteriormente, quien está sometido a la entidad, siempre va ser el contratista. Asimismo, bajo el concepto de norma de orden público, la LCE reconoce expresamente que el equilibrio económico financiero está circunscrito al principio de equidad, que la Ley menciona como: «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»;¹⁷ evidentemente, lo que busca la LCE es que las prestaciones entre el contratista y la entidad guarden una perfecta equivalencia y proporcionalidad entre ellas, teniendo una conceptualización de justicia e igualdad social con responsabilidad, llegando a un equilibrio, y es que el Estado no puede pagar más de lo que ha realizado el contratista, y el contratista no puede efectuar más de lo que realmente se ha comprometido, enfocándose que esto va más allá de las modificaciones por medio de las facultades exorbitantes que tiene la entidad sobre la ejecución contractual.

¹⁶ Sentencia n.º 2201 de Tribunal Supremo de Justicia - Sala Constitucional de Venezuela, de fecha 16 de septiembre de 2002.

¹⁷ Literal i) del artículo 2 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley n.º 30225.

3. ¿CUÁL ES EL ORIGEN DE LA FRACTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO?

El principio de equilibrio económico financiero del contrato puede alterarse por indistintas razones o causales; sin embargo, consideramos necesario especificar de manera detallada cuáles son las situaciones que pueden pasar las partes durante la ejecución contractual bajo la LCE que lleven a justamente a utilizar este principio.

En primer lugar, y en vista de las distintas posiciones doctrinarias¹⁸ que presenta la clasificación de la ruptura del equilibrio económico financiero, es que consideramos que bajo la LCE se puede hablar de los siguientes supuestos: potestades exorbitantes, el hecho del príncipe, la teoría de la imprevisión y el incumplimiento del contrato.

En primer lugar, sobre las potestades exorbitantes, concordamos con lo señalado por Ariño Ortiz al establecer que el régimen jurídico de los contratos administrativos es hecho de privilegios y de sujeciones, deriva del régimen jurídico aplicable al Estado, introduce en el contrato tales distorsiones, y se hace imposible mantener la figura dentro de las reglas y el molde con que fue diseñada por el derecho privado.¹⁹

¹⁸ Un ejemplo claro es lo señalado por un sector de la doctrina argentina, que han especificado que los factores que alteran el equilibrio económico del contrato son: el incumplimiento y las teorías del hecho del príncipe y la imprevisión (véase: ESCOLA, Héctor Jorge. *Tratado integral de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Depalma, 1977, tomo I, p. 104; y MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, tomo III-A, n. 761 y ss.). Y, por otro lado, la doctrina francesa ha sido más específica y señala que sobre los eventos que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico del contrato sólo hace referencia a las teorías del hecho del príncipe y del tema de la imprevisión (véase: DE LAUBADÈRE, André; MODERNE, Franck y DELVOLVÉ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*. París: LGDJ, 1983, vol. I, segunda edición, p. 1273 y ss.; y RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. París: LGDJ, 2004, cuarta edición, p. 351 y ss).

¹⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el derecho español y europeo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, pp. 879-891.

Asimismo, de acuerdo a lo expresado por Sánchez Morón,²⁰ el sobrepeso de éstos son las potestades exorbitantes más resaltantes recogidas en la LCE:

1. Sancionar el incumplimiento del contratista mediante la aplicación directa de penalidades establecidas por mora u otras que se estipulen en las bases.
2. La cancelación del procedimiento de selección antes de la suscripción del contrato: esta prerrogativa, de acuerdo con el artículo 30 de la LCE.
3. La nulidad del contrato, establecido en el artículo 44 de la LCE, es compartida por la entidad y el Tribunal de Contrataciones del Estado, siendo posible la nulidad de oficio sobre los actos del procedimiento de selección sólo hasta antes del perfeccionamiento del contrato.
4. La potestad de resolver unilateralmente el contrato si se produce cualquier incumplimiento contractual de la etapa de ejecución de la ley.
5. La entidad puede modificar unilateralmente el contrato, ordenando la implementación de adicionales o reducciones del monto contractual, con la salvedad de que tales acciones sean indispensables para alcanzar la finalidad pública, siempre y cuando se respete el equilibrio económico financiero.

Si bien, justamente, estas potestades pueden generar un rompimiento en la economía contractual esperada por el contratista, es necesario percatarse que no todas las potestades exorbitantes están dentro de la necesidad de actuar bajo el equilibrio económico financiero, y es que, evidentemente, estas potestades están bajo el interés público, pero se hace énfasis de manera particular en el contrato.

²⁰ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. «Capítulo XIV: Los contratos del Sector Público». En *Derecho administrativo. Parte general*. Madrid: Tecnos, 2017, décimo tercera edición, pp. 640-643.

Por otro lado, respecto al supuesto del hecho del príncipe, la doctrina lo aborda y sostiene que alude a medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato ni lo pretendan tampoco, inciden o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste;²¹ por ello se entiende que la medida mencionada es realizada por la entidad, y ésta tiene que ser por medio de un acto de carácter general, su consecuencia es una afectación y alteración económica sobre el régimen del contratista.

De acuerdo a lo anterior se entiende que la teoría del hecho del príncipe resulta ser una medida tomada por la Administración, específicamente por la entidad contratante mediante un acto de carácter general que afecta directamente al contratista, al presentarse con la expedición de ese acto una alteración económica, y es importante señalar que la norma a expedirse tiene efectos generales y no particulares; esta diferencia es importante pues, de lo contrario, se estaría bajo el ámbito de las potestades exorbitantes de la entidad, lo que hemos explicado anteriormente como el *ius variandi*.

Un claro ejemplo es lo señalado en la Opinión n.º 182-2017/DT de fecha 25 de agosto de 2017, emitida por la Dirección Técnico Normativa del OSCE, la cual absuelve una consulta sobre el aumento de la remuneración mínima vital, precisándose que si el incremento de la remuneración mínima vital se produce durante la ejecución de un contrato cuya estructura de costos se encuentra conformada por los costos laborales y ello determina el incremento del costo de las prestaciones asumidas por el contratista, esto le ocasionará un costo adicional que no se encontraba previsto en su propuesta económica; y bajo este supuesto corresponde a la entidad adoptar las medidas que fueran pertinentes para reajustar el monto del contrato a efectos de que éste se ejecute de acuerdo con lo previsto originalmente, sin que ello determine un perjuicio económico para el contratista. Ello con la finalidad de mantener el equilibrio económico financiero del contrato. Para dicho efecto se debe utilizar lo señalado en el

²¹ MARIENHOFF, Miguel. *Op. cit.*, p. 469.

numeral 34.1 del artículo 34 de la LCE y, por su parte, lo establecido en el numeral 1 del artículo 142 del Reglamento referido a modificaciones convencionales al contrato regula los requisitos y formalidades que deben cumplirse para efectuar las modificaciones previstas en el artículo 34-A de la Ley, entre los cuales se encuentra el: «Informe técnico legal que sustente: (i) la necesidad de la modificación a fin de cumplir con el objeto del contrato de manera oportuna y eficiente; (ii) que no se cambian los elementos esenciales del objeto de la contratación; y (iii) que sustente que la modificación deriva de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato que no son imputables a las partes».

Concluyendo la opinión, la entidad debe tomar las acciones necesarias destinadas a mantener el equilibrio económico en la contratación. Para esto, podrá recurrir a los mecanismos previstos en la normativa para modificar el monto contractual.

El ejemplo antes mencionado se encuentra directamente relacionado a la teoría del hecho del príncipe que se vincula con decisiones del Estado y que si bien su sustento es ajeno al contrato mismo, sus consecuencias producen afectaciones relacionadas con la esfera económica del contrato, impactando en las utilidades del contratista, habilitando al mismo solicitar una reparación integral de la afectación económica.

Sobre la teoría de la imprevisión podemos entender que acarrea hechos extraordinarios, imprevisibles y sobrevinientes a la celebración del contrato y que es ajeno a las partes, que su consecuencia es la afectación del equilibrio de económico de las prestaciones en forma grave y anormal para una de ellas, sin que impidan su ejecución, pero que obliga al contratista que las sufre a ejecutarlo con grave pérdida patrimonial para él, obligando a su contraparte a restablecer el equilibrio económico con la finalidad de conservar la conmutatividad de las prestaciones pactadas.²²

²² PALACIO HINCAPIÉ, Juan. *La contratación de las entidades estatales*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R., 2014, séptima edición, p. 1617.

Como se puede observar, y se desprende de lo anteriormente señalado, los presupuestos para que se configure la teoría de la imprevisión a favor del contratista es que primero se presente un hecho con posterioridad a la celebración del contrato y que el mismo sea ajeno y no imputable a las partes; segundo, es que el hecho afecte de manera grave la ecuación económica del contrato; tercero, que el hecho antes mencionado sea extraordinario, no pudiendo ser razonablemente previsible por las partes, señalando que ni la actuación diligente la puede detectar; y, por último, este hecho extraordinario no sea comparado a una causal de incumplimiento, sino tiene que ser considerado como causal de dificultad por la parte afectada, que la puede invocar para la ejecución del contrato.

En ese sentido, un ejemplo relacionado de la LCE con la teoría de la imprevisión es lo que ocurre con las interrupciones en la ejecución de las obras. El principio 21 del Protocolo de la Sociedad de Derecho de la Construcción define a la interrupción como una perturbación, un impedimento o una interrelación a los métodos de trabajo normales de un contratista, lo que resulta en una baja eficiencia, y si es causado por la entidad, puede dar lugar a un derecho de compensación bajo el contrato,²³ es decir, un evento de interrupción está relacionado con un cambio en las condiciones o tiempo planificado de ciertas actividades, lo cual puede o puede no afectar el plazo para la culminación de la obra. Y es que estos eventos disruptivos impiden al contratista completar los trabajos en la manera en que éstos fueron ofertados. Estos eventos pueden ser las condiciones climatológicas y ello trae como consecuencia una mayor cantidad de mano de obra o ineficiencias debido a los efectos de trabajar horas extras, y es que ello ha generado variación en el cronograma como cambios en la ingeniería que no fueron previstos en el sitio de trabajo.²⁴

²³ SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Delay and Disruption Protocol*. Londres: SCL, 2002, p. 9.

²⁴ FRANCO REGJO, Eric. «Reclamos por demoras, interrupción y aceleración en proyectos de construcción». En MARCONDES, Fernando (coordinador). *Temas de Direito da Construção*. São Paulo: PINO, 2015, pp. 151-159.

Por último, es significativo saber que las obligaciones surgen para ser cumplidas y que su incumplimiento genera perjuicios que deben reconocerse según los principios y normas dispuestos en el derecho común;²⁵ lo que tenemos que tener presente es que no todo incumplimiento contractual va a generar una afectación en la economía del contrato, es por ello que es necesario analizarlo como las demás causales de la ruptura del equilibrio económico financiero.

En ese sentido, si la entidad incumple una obligación contractual como el no reconocimiento de mayores gastos variables y costos directos por una ampliación de plazo dentro de un contrato de bienes y servicios, para ello el contratista debe acreditar esos costos y demostrar la afectación al equilibrio económico del contrato. Lo primero debe de acreditarse con la presentación de documentos que demuestren fehacientemente que se había incurrido en éstos, ya sea con comprobantes de pago, planillas o cualquier otro documento que resultara pertinente como, por ejemplo: comprobantes de pago, planillas, etcétera. Y lo segundo lo debe de acreditar demostrando que ha existido una fractura importante de la ecuación contractual, que es extraordinario y trae como consecuencia un mayor costo al tener que adjudicarse costos no obligados, que se trata de una alteración extraordinaria del álea del contrato, como explicaremos más adelante.

Entonces, lo que debemos realizar, justamente, con todas las causas que provocan la fractura del equilibrio económico financiero, son los requisitos que conforman este principio y ello es lo que viene a continuación.

²⁵ DÁVILA VINUEZA. Luis Guillermo. *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá: Legis, 2016, p. 713.

4. REQUISITOS PARA APLICAR EL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO REFERIDO BAJO LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Lo que debemos de preguntarnos ahora es si todo cambio o modificación, implícitamente, lleva a la ruptura del equilibrio económico del contrato. La idea no es que el contratista vaya sufrir un cambio en las reglas contractuales y automáticamente voltee a la entidad a solicitarle un reembolso, pues si bien la LCE no especifica un límite en el derecho del reclamo, efectivamente, se entiende que se puede solicitar un reembolso referido a la pérdida desde lo mínimo hasta el límite en asumir el precio justo modificado; sin embargo, esta afectación debería ser mayor al álea normal del contrato y conforme a lo pactado por las partes. En ese sentido, el artículo 34 de la LCE establece las siguientes condiciones para la aplicación del principio del equilibrio económico financiero.²⁶

4.1. *El hecho sobreviniente no puede ser imputable a las partes o la parte que reclama la restauración del equilibrio económico financiero*

El doctor González-Varas Ibáñez señala que es necesario entender que el deber de restablecer el equilibrio contractual nace a favor de una de las partes como consecuencia de hechos ajenos a las partes en general o por causa de la otra parte contratante;²⁷ en ese sentido, se entiende que si alguna parte desea que se restablezca económicamente no puede ser causante de este hecho sobreviniente. Esta situación genera que nos enfoquemos en dos causas de la modificación del contrato: la primera sería por un hecho fortuito y de fuerza mayor; y la otra causa sería por el incumplimiento contractual de una de las partes, lo que puede ser por una facultad exorbitante de la misma entidad.²⁸

²⁶ RODRÍGUEZ, Libardo. «El equilibrio económico en los contratos administrativos». *Derecho PUCP*. Lima, 2011, n.º 66, p. 72.

²⁷ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *El contrato administrativo*. Madrid: Civitas, 2003, p. 274.

²⁸ CHAPUS, René. *Droit administratif générale*. París: Montchrestien, 2001, décimo quinta edición, tomo 1, nn. 1382-1383.

Respecto el hecho fortuito y fuerza mayor, como señalamos anteriormente, ambos consisten en acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles para el deudor y, desde luego, independientes de su voluntad. En todo caso fortuito o de fuerza mayor hay, necesariamente, ausencia de culpa. Estos eventos configuran, definitivamente, causas no imputables a las partes.²⁹ Por lo que si hay un terremoto, lluvias o cualquier circunstancia que genere modificación a lo pactado inicialmente en el contrato, es viable el fraccionamiento de equilibrio económico financiero y su restablecimiento.

Por otro lado, sobre el incumplimiento de una de las partes, por ejemplo, en el caso que el Estado no pague el adelanto que de acuerdo a las bases estaba programado, eso dificulta que el contratista pueda continuar con la obra y esas demoras automáticamente empiezan a generar sobrecostos que tiene que pagar; en este caso, obviamente, se está rompiendo el equilibrio económico financiero.³⁰

Para ello, en ambos supuestos, lo más probable es que suceda la suspensión del contrato, y como bien señalamos anteriormente, bajo cualquier tipo de contrato, el mismo que puede ser sinalagmático y de trato sucesivo, y bajo estos supuestos incluso se puede impedir la ejecución en forma definitiva del contrato, con el debido reconocimiento y restitución del equilibrio económico financiero.

²⁹ OSTERLING PARODI, Felipe. *Las obligaciones*. Biblioteca para Leer el Código Civil, volumen VI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, p. 199.

³⁰ ESTUDIO CASTILLO FREYRE. *Actas del Décimo Congreso Internacional de Arbitraje*. Lima, 2016. Volumen 41 de la Biblioteca de Arbitraje. «Segundo panel: El equilibrio económico financiero del contrato como materia arbitral en la Ley n.º 30225». Lima: Palestra, 2017, p. 66.

4.2. Hechos sobrevinientes a la presentación de la propuesta o la celebración del contrato

Bajo esta condición está ligada la teoría de la imprevisión. De Laubadere ha manifestado que durante la ejecución de un contrato estatal puede suceder que acontecimientos independientes a la voluntad del contratante, anormales e imprevisibles, acaezcan sin hacer imposible la ejecución, aumentando, al menos en proporciones masivas, las cargas de las partes, perturbando así la economía del contrato.³¹

En ese sentido, esta teoría se encuentra motivada en la equidad contractual, cuyo objetivo es, justamente, regresar al equilibrio del contrato alterado por situaciones sobrevinientes a su suscripción, nacimiento, que sean extraordinarias, imprevisibles y ajenas a la voluntad de las partes.

Y justamente bajo la base de la teoría de la imprevisión, la LCE ha señalado expresamente que los hechos sobrevinientes pueden ser a partir de la presentación de ofertas económicas técnicas que han presentado los contratistas y la suscripción del contrato. Y ello tiene sentido, ya que, como bien mencionamos anteriormente, bajo el primer supuesto no sólo estarían incluidas las fórmulas de reajuste, sino en caso de los contratos de obra, los errores en el expediente técnico, pues bajo esta nueva LCE la excepción es el concurso oferta, por lo tanto, se debe de licitar primero la elaboración del expediente técnico, y ejecutarlo de la mejor manera que puedas; pero si el expediente técnico no ha sido elaborado de manera diligente, es seguro que se cuente con errores de diseño o tenga deficiencias en el alcance; por lo que bajo el principio del equilibrio económico financiero se tendría que realizar las modificaciones de acuerdo a los límites porcentuales explicados anteriormente.

³¹ DE LAUBADERE, André. *Pages de Doctrine*. París: LGDJ, 1980, tomo II.

4.3. La ruptura debe superar el álea normal

Sobre la modificación del contrato, se entiende que el contratista debe soportar el riesgo normal de la ejecución, pero no el anormal que lo privaría de las ganancias razonables que habría obtenido de mantenerse las condiciones iniciales,³² y es justamente lo que pasa con las utilidades que se tienen programadas bajo las condiciones inicialmente suscritas entre las partes. Como bien señala el doctor Rodríguez,³³ para que una alteración en las condiciones contractuales genere una ruptura en el equilibrio económico del contrato se requiere que la alteración supere el álea normal propia de los contratos sinalagmáticos, ya que sólo el álea anormal o extraordinaria da lugar al derecho al restablecimiento del equilibrio.

Asimismo, Dávila Vinuesa, manifiesta lo siguiente:

[...] el derecho al restablecimiento de la ecuación contractual se funda en circunstancias anormales y excepcionales. Álea extraordinaria o anormal es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer al momento de formalizar el contrato. No está instituido, entonces, para amparar las contingencias normales que ordinariamente se presentan durante la ejecución del contrato. De hecho, la realización de cualquier negocio implica unos riesgos normales [...] Por lo tanto, la ecuación no se erige en una protección a ultranza de todos los riesgos del negocio ni, por tanto, una garantía absoluta de utilidades. Lo será para eventos anormales que escapan a lo habitual del negocio según la especialidad del contratista, las circunstancias internas y externas que rodean la ejecución, la imprevisión de los efectos, etc.

³² PARADA, Ramón. *Derecho administrativo 1. Parte general*. Madrid: Marcial Pons, 2000, duodécima edición, p. 346.

³³ RODRÍGUEZ, Libardo. *Op. cit.*, p. 65.

Para que se configure el principio del equilibrio económico financiero en la LCE se debe entender que los hechos que desequilibren las prestaciones del contrato no sean aquéllos que se circunscriben dentro de los riesgos predecibles de todo negocio jurídico, sino que las partes tienen que discernir y ser conscientes que no todo los riesgos van hacer cubiertos bajo este principio, siendo más bien las circunstancias excepcionales, las anormalidades, los hechos extraordinarios que escapan a todas las previsiones razonables que se tuvieran en cuenta dentro de la esfera de lo predecible, justamente al momento de presentar la propuesta técnica económica y/o al momento de suscribir el contrato donde el valor de la contraprestación tiene que percibirse variable frente a supuestos que obedecen a circunstancias ajenas a las partes o a la parte que haya sufrido el desmedro.

4.4. La parte perjudicada debe de probar que la modificación ha producido perjuicio económicamente grave

Sumado a que la afectación sea superior al álea normal, además se tiene que probar de manera fehaciente que se ha generado una alteración notable en la economía del contrato. Y es que la fractura debe ser de tal magnitud que una de las partes sufra un significativo desmedro económico en la prestación con la que esperaba beneficiarse.

¿Cómo pruebo justamente este detrimento económico? Para ello se debe probar mediante informes periciales, documentos públicos, situar el tiempo desde que se ha visto afectado y demás documentaciones conforme a la naturaleza del contrato. Por ejemplo, para acreditar la afectación sobre las utilidades dejadas de percibir es necesario primero hacer un comparativo con las que fueron especificadas al momento de la suscripción del contrato, acreditando el menoscabo de intereses y, lo más importante, el rompimiento del equilibrio económico del contrato; es decir, se debe de demostrar la realidad económica del contrato que admita requerir a la entidad la recuperación del equilibrio financiero del mismo.

5. EL ARBITRAJE: MECANISMO PARA RESTABLECER EL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO

La pregunta que debemos de responder es ¿qué pasa cuando existe un desequilibrio económico financiero del contrato? ¿Cómo hacen las partes para restablecerlo? Para ello, las partes tienen diversos instrumentos, entre ellos los instrumentos contractuales como son las cláusulas de reajuste, las fórmulas polinómicas; y del otro lado tenemos a los tribunales de justicia que como, es de conocimiento, para el caso de la LCE, el único mecanismo que cuenta con jurisdicción y con un reconocimiento constitucional³⁴ es el arbitraje, siendo reconocido desde el año 1998 mediante la Ley n.º 26850 - Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que estableció por primera vez el uso del arbitraje de manera obligatoria³⁵ para los contratos comprendidos en la mencionada Ley.

Al respecto, al doctor Santistevan de Noriega³⁶ comenta este tema señalando cinco reglas de la Ley de Arbitraje que habilitan a las entidades del Estado a someterse a aquél, a saber:

- a) Arbitrabilidad objetiva (*ratione materiae*) aplicable al arbitraje con el Estado: los contratos, la ley y los convenios o acuerdos internacionales.

³⁴ Último párrafo del artículo 63 de la Constitución

Artículo 63.- [...]

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a *arbitraje nacional o internacional*, en la forma en que lo disponga la ley. (Énfasis nuestro).

³⁵ El arbitraje es considerado obligatorio cuando viene impuesto por voluntad del legislador, quien manda que determinados conflictos sean resueltos mediante arbitraje. Véase: PAREDES CARBAJAL, Gustavo y GRAY CHICCHÓN, Jaime. «Mecanismos alternativos de resolución de disputas en construcción». *Revista de Derecho Administrativo*. Lima: Círculo de Derecho Administrativo, 2008, n.º 4, p. 205

³⁶ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Arbitraje del Estado peruano». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo 1, p. 37 y ss.

- b) Regla especial sobre coherencia y actos propios aplicables al Estado: la inevitabilidad de los efectos de un convenio arbitral válido.
- c) Arbitrabilidad objetiva (*ratione materiae*) entre entidades del Estado: los contratos o convenios celebrados entre ellas.
- d) Arbitrabilidad subjetiva (*ratione personae*) del Estado: ¿a qué dependencias alcanza?
- e) Arbitrabilidad subjetiva (*ratione personae*) del Estado y arbitraje nacional e internacional.

En ese sentido, respecto del arbitraje en la LCE, su artículo 45.1, señala lo siguiente:

Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

45.1 *Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje ad hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato sólo pueden ser sometidas a arbitraje. (Énfasis nuestro).*

De la norma antes señalada se puede llegar a la conclusión que el arbitraje dejó de ser consensual para ser obligatorio, perdiendo una de sus características particulares. Sin embargo, lo que sucede en el arbitraje de la LCE es que una de las partes, en este caso una entidad, debe incluir un convenio arbitral dentro de los contratos que celebre con sus proveedores, el cual es aceptado por éstos al participar en la respectiva convocatoria pública, por ende, se entiende que el carácter consensual del arbitraje no está perdido y que cuando se hace referencia a la obligatoriedad del arbitraje es justamente porque la entidad tiene la obligación de incorporar una clausula arbitral a sus contratos y con ello resolver sus controversias.³⁷

³⁷ CUEVA MORALES, Carlos. «El convenio arbitral en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado». *Cathedra. Espiritu del Derecho*. Lima, 2001, vol. 5, n.º 8, p. 203.

Cuando nos encontramos en la etapa de ejecución contractual, y una de las partes considera que se ha visto afectada económicamente, en tanto que para esa parte existe una fractura en el equilibrio económico del contrato, y viendo que no es posible que surja un acuerdo entre ambas partes, dicha parte puede acudir a un árbitro único o tribunal arbitral para que declare y pruebe de manera fehaciente cómo se dio la ruptura, y condene a la contraparte para que se vea obligada a tomar las medidas necesarias para lograr el restablecimiento, que no es otra cosa que una indemnización por el daño sufrido como consecuencia de la fractura.

En ese sentido, consideramos necesario analizar laudos arbitrales para, justamente, darnos cuenta la tendencia de cómo se resuelve este tipo de controversia, haciendo énfasis en lo que necesita un demandante para reclamar una vulneración al principio del equilibrio económico financiero.

5.1. Análisis de laudo arbitrales: ¿qué causales específicas de ruptura se van a arbitraje?

En este acápite analizaremos los laudos emitidos por arbitros únicos o tribunales arbitrales donde la materia de litis deviene de la solicitud del equilibrio económico financiero, ya sea con base en la regulación anterior a la nueva LCE, siendo ello aún más interesante debido a que no existía un reconocimiento expreso del mencionado principio.

En primer lugar hacemos mención al laudo arbitral emitido el 7 de julio del 2005, en el proceso seguido por el Consorcio Cosapi - Translei contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones - Proyecto Especial de Infraestructura de Transportes Departamental - Provías Departamental.³⁸ En este arbitraje, el demandante planteó como pretensión principal que la entidad le reconozca el pago de trabajos de emergencia

³⁸ El laudo se encuentra en el banco de laudos del OSCE. Disponible en <<https://bit.ly/2E9cLFE>>. Arbitraje *ad hoc*. Árbitro único: doctor Felipe Cantuarias Salaverry.

no reconocidos en los planos ordenado por el supervisor de la obra, este pedido se basó bajo el concepto de indemnización y como pretensión subordinada bajo el concepto de enriquecimiento sin causa. Al respecto, el árbitro único, al momento de analizar las pretensiones, hace referencia a la afectación del equilibrio económico financiero del contrato, precisando que una de las formas en que suele producirse un desequilibrio de la ecuación económico financiera está referida a hechos imprevisibles y fuera del control de quien ejecuta la obra, como en el caso que nos ocupa lo constituyeron los trabajos de emergencia ejecutados por el consorcio, concluyendo que el no pago de estos trabajos de emergencia generaría un evidente desequilibrio de la ecuación económica financiera del contrato que indudablemente debe corregirse toda vez que el riesgo asumido por el consorcio no comprendía en modo alguno tal eventualidad por no haber sido así pactado por las partes, obligando a la entidad al pago de los trabajos realizados por el concepto de enriquecimiento sin causa en calidad de resarcimiento. Evidentemente, en el año que se laudo dicha controversia, la LCE no amparaba expresamente el equilibrio económico financiero, es correcto que el tribunal respetara lo señalado por la doctrina e hizo un símil con el caso en específico, calzando de manera correcta los hechos con la afectación probada del desequilibrio económico.

Por otro lado, tenemos el arbitraje entre la empresa Sagen Peru Work S. A. C., parte demandante, contra el Seguro Social de Salud - EsSalud,³⁹ parte demandada, que mediante el laudo arbitral de fecha 28 de setiembre de 2016, se pudo constatar que el contratista solicitó se le pague un monto de dinero por concepto de los reajustes no realizados al servicio brindado por la recurrente a favor de la entidad demandada, debido al incremento de la remuneración mínima vital, sustentando la afectación del equilibrio económico financiero.

Bajo dicha premisa, el árbitro único sostiene evaluar el caso bajo el principio económico financiero, precisando en su fundamento 21 lo

³⁹ El laudo se encuentra en el banco de laudos del OSCE. Disponible en <<https://bit.ly/2PFX3cX>>. Arbitraje *ad hoc*. Árbitro único: doctor Christian Guzmán Napurí.

siguiente: «21. Las modificaciones que puedan advertirse luego de suscribirse el contrato, no deben afectar el equilibrio económico financiero del mismo. Lo cual implica que si ocurre una afectación, la parte beneficiada debe compensar a la otra. A todas luces, es evidente que la parte perjudicada no debe cargar con las consecuencias de las modificaciones, en tanto éstas le produzcan un desmedro, y así beneficien a la otra parte», y como este caso también es con base en la anterior LCE que no reconocía el equilibrio económico financiero, al momento analizarlo se basó en el principio de equidad, y en vista de que el contratista carecía de conocimiento al suscribir el contrato del aumento a la remuneración mínima vital, por la cual debe ser compensada por la entidad; como señalamos anteriormente, este aumento de remuneración que fue aprobado mediante una ley con efectos generales, no es más que la causal conocida como hecho del príncipe.

Por último, presentamos el laudo arbitral entre la parte demandante, Consorcio Obrainsa - Astaldi contra la parte demanda, el Proyecto Especial Regional Pasto Grande.⁴⁰ El laudo se emitió con fecha 7 de marzo de 2017, bajo la anterior LCER, en el cual el demandante solicitó el pago de mayores gastos generales variables debido a una ampliación de plazo por la aprobación de un adicional por errores del expediente técnico, y como pretensión subordinada lo solicitó bajo el concepto de resarcimiento de daños y perjuicios. El tribunal arbitral, en los considerandos del laudo, señala que el no reconocer el pago de los mayores gastos generales, no reconocidos en el presupuesto del adicional, generaría una situación del rompimiento del equilibrio económico financiero, afirmando que este principio debe ser respetado para todo tipo de contratos, y es que en el análisis del laudo se concluye que se reconoce la ampliación de plazo y que, por ende, corresponde el pago de los mayores gastos generales variables por la entidad. Evidentemente,

⁴⁰ El laudo se encuentra en el banco de laudos del OSCE. Disponible en <<https://bit.ly/2RuhdkY>>. Arbitraje *ad hoc*. Miembros del tribunal arbitral los doctores: Hugo Sologuren Calmet Ponte, Ricardo José Fernando Rodríguez Ardiles y Oswaldo Hundskopf Exebio.

que el expediente haya tenido errores, los cuales no fueron previstos, incurriendo en hechos extraordinarios no atribuibles a la parte, encaja bajo la teoría de la imprevisión.

6. CONCLUSIONES

Lo que se ha buscado al analizar el principio del equilibrio económico financiero es, primero, comprender y entender que tanto la doctrina comparada como la legislación nacional lo interpreta, lo ampara y busca proteger el resguardo del equilibrio económico del contrato, siendo un cambio importante a lo que antes se entendía con base en las potestades con la que contaba la Administración Pública.

En lo que concierne a la Ley de Contrataciones del Estado, Ley n.º 30225, el mencionado principio se encuentra reconocido en el artículo 34, el mismo que permite que la modificación del contrato sea por orden de la entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. Estas modificaciones se pueden dar por la ejecución de prestaciones adicionales, reducción de prestaciones, autorización de ampliaciones de plazo u otras modificaciones que deriven de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas y que no sean imputables a alguna de las partes. Todas estas modificaciones no deben de afectar el equilibrio económico financiero del contrato y, en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad.

Asimismo, hemos querido ser prácticos y responder la pregunta sobre cuál es el origen de la fractura del equilibrio económico financiero, explicando de manera detallada que la modificación contractual, con base en lo señalado por la doctrina, se puede dar gracias a las potestades exorbitantes, el hecho del príncipe, la teoría de la imprevisión y el

incumplimiento del contrato, todo ello se analiza y se ejemplifica mediante lo regulado en la LCE.

Una de las cosas que pudimos evidenciar es que no todo cambio o modificación contractual va generar una restitución o un beneficio sobre la parte que sufre la alteración; es por ello que enfatizamos en presentar cuáles son los requisitos que se deben de cumplir para solicitar la restitución del equilibrio económico financiero, y estos requisitos recaían sobre las modificaciones, las mismas que se requiere que se haya producido por acontecimientos que no sean imputables a la parte que reclama el restablecimiento, que los hechos sean posteriores a la presentación de la propuesta o la celebración del contrato, requisito expuesto en la LCE, además, que la variación resalte el álea normal propia de los contratos y, por último, que la afectación económica del contrato sea grave.

Debemos reconocer que una de las ventajas respecto a las leyes de contratación pública de los países de la región es que tenemos el arbitraje como un mecanismo obligatorio para la solución de controversias, esto nos genera que profesionales expertos y técnicos en la materia puedan resolver los conflictos de una manera especializada y con celeridad. Además, habiendo analizado diversos laudos de la materia podemos concluir que así no esté regulado en las anteriores LCE, los árbitros no se dejan sorprender y usan la doctrina como fuente de derecho para establecer y analizar si, primero, hubo una modificación contractual y, segundo, si esta modificación cumple con los requisitos expuestos para la restitución del equilibrio económico financiero.

Por último, es una excelente oportunidad para que el Estado analice y se meta de manera directa a la gestión contractual, recordemos que todo nace por la triple restricción que cuentan todos los proyectos, y si se fractura o se cae un elemento, inmediatamente estaremos frente a un desequilibrio económico financiero, por ello, considero que es necesario entrar al mundo de la prevención y no pagar los platos rotos de nadie.

CAPÍTULO II

MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

LA CONCILIACIÓN EN LAS CONTROVERSIAS CON EL ESTADO

*José Carlos Taboada Mier**

1. INTRODUCCIÓN

La conciliación en nuestro país fue regulada con la finalidad de poder descongestionar en gran medida las disputas que eran sometidas al Poder Judicial. Se buscaba que los particulares puedan cuantificar el tiempo que les demoraría un proceso judicial, así como los intereses que se han visto afectados junto con la probabilidad de tener un resultado favorable. Así, las partes en conflicto llegarían a un punto en común donde cederían parte de sus intereses afectados, los cuales son valorizados en forma económica, con la finalidad de resolver su conflicto de forma rápida e inmediata sin tener que invertir tiempo y dinero en un proceso judicial.

La realidad que se ha visto hoy en día es que los demandantes ven la conciliación como un proceso que no apoya la solución de su controversia debido a que no existe un ánimo conciliatorio por parte del de-

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Actualmente, se desempeña como secretario arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP. Cuenta con estudios de especialización en Derecho Administrativo, Contrataciones con el Estado y Arbitraje por la misma casa de estudios. Estudiante de la Maestría de Regulación y Servicios Públicos de la PUCP. Adjunto de docencia del curso de Arbitraje en la Universidad de Piura.

mandado. El presente capítulo no busca desarrollar las diversas teorías por las cuales las personas no ven la conciliación como una forma de solucionar sus controversias ni por qué dentro de nuestro país no ha tenido el resultado esperado; por el contrario, partirá de lo que las disposiciones que han establecido —en este caso la Ley de Contrataciones del Estado—, para analizar cómo realizar un correcto proceso conciliatorio.

Para bien o para mal, nuestro país se ha caracterizado por ser confrontacional en las discrepancias que pueden tener dos partes. Tan es así que una parte, a sabiendas de que puede resultar con un fallo desfavorable en un proceso, prefiere dilatarlo que llegar a un acuerdo conciliatorio.

Pese a lo señalado, y acogiendo las ventajas que traen los procesos conciliatorios, la Ley de Contrataciones del Estado ha adoptado disposiciones normativas que permiten la conciliación con particulares en las controversias que se tienen en la ejecución contractual. A lo largo de las diversas modificaciones que se han llevado sobre la materia, siempre se ha mantenido la opción que las partes puedan solucionar sus discrepancias por medio de la conciliación. El inicio de la inclusión de los mecanismos alternativos de resolución de controversias se puede establecer en el año 1998, al incorporar el arbitraje como mecanismo obligatorio de solución de controversia en materia de contrataciones con el Estado. Conforme fue avanzando la normativa se incluyó a la conciliación como una vía para evitar que se lleve al arbitraje todo problema en la materia.

Contrario a lo esperado, el número de arbitrajes no disminuyó puesto que las partes usualmente no llegaban a conciliar sus discrepancias. Siguiendo la línea de lo propuesto por la Ley de Contrataciones del Estado, diversas entidades públicas incorporaron como un mecanismo previo a la vía arbitral el que las partes acudan a una conciliación con la finalidad de poder solucionar sus controversias. Lamentablemente, esta intención de solucionar las controversias sin la necesidad de una contro-

versia se quedó en el mundo de las buenas intenciones ya que muchas veces las conciliaciones se ven frustradas por la falta de voluntad de las partes de llegar a un punto medio que pueda favorecerlas.

A modo de introducción podemos señalar que la conciliación es un mecanismo que requiere de una condición necesaria para su correcta implementación. Las partes deben tener un absoluto conocimiento sobre el problema y deben tener las facultades suficientes para llegar a un acuerdo. El principal problema de las entidades del Estado no recae en el primer punto señalado ya que, a partir de la cantidad de arbitrajes que poseen, dudar del conocimiento sobre los problemas que se pueden presentar en una ejecución de obra, un contrato de bienes y servicios, entre otros, sería cuestionar años de experiencia a partir de los diferentes laudos que han resuelto controversias similares.

El problema de las entidades recae en las facultades suficientes para llegar a un acuerdo. Este punto será desarrollado de forma más minuciosa en las siguientes páginas, buscando brindar una forma de analizar la posibilidad de conciliar a partir del cumplimiento o no de los requisitos legales establecidos; sin embargo, podemos adelantar que las constantes fiscalizaciones a las que se encuentra expuesto un funcionario público, a partir de las decisiones que comprometen el patrimonio del Estado, resulta un problema para tener un control suficiente sobre la posibilidad de llegar a un acuerdo.

Existen supuestos en los cuales el arribar a un acuerdo resulta complicado por las opiniones técnicas que posee una entidad, incluso cuando las procuradurías públicas pueden conocer que esos razonamientos que se defienden para denegar lo solicitado por el privado no son acogidos en la vía arbitral. Lamentablemente, se ha optado por preferir que sea un tribunal arbitral el que determine cuál de las partes posee la razón, incluso cuando las entidades públicas saben que sus posturas no serán acogidas. Ante esta situación, el legislador ha optado por incluir la responsabilidad funcional en caso se prosiga la vía arbitral cuando

razonablemente una postura no será acogida. Esta situación la desarrollaremos más adelante puesto que consideramos que si bien resulta un avance para no derivar toda controversia al arbitraje, no es el único elemento que debe ser considerado para no proseguir la vía arbitral.

El presente capítulo no busca desarrollar de forma teórica qué es la Conciliación y cuál es la finalidad que debe tener; por el contrario, buscará incidir en las principales disposiciones normativas en materia de conciliación y establecer cómo, dependiendo del tipo de contrato, entre otros elementos, deben ser consideradas por las entidades públicas, así como los particulares para los procesos conciliatorios.

2. LA CONCILIACIÓN EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Conforme ha sido señalado en el artículo 45 del Decreto Legislativo n.º 1444, el cual modifica el Decreto Legislativo n.º 30225, las controversias que tenga el Estado deben ser resueltas mediante conciliación o arbitraje, salvo las controversias relacionadas a la nulidad de un contrato o prestaciones adicionales.¹

Así, de conformidad con el inciso 12 del artículo 45 del citado dispositivo, se establece que la conciliación debe ser realizada ante un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, por lo que existe una limitación de los lugares donde una parte en controversia con el Estado o viceversa puede acudir a conciliar. Desarrollaremos más adelante que, según nuestra postura, este requisito

¹ Conforme al artículo 45.4 de la Ley de Contrataciones del Estado, las decisiones de las entidades o de la Contraloría General de la República de no aprobar las prestaciones adicionales en un contrato con el Estado no pueden ser sometidas a arbitraje ni a conciliación, ni alguna pretensión que pretenda solicitar esto de forma encubierta (ej. enriquecimiento sin causa, pago de indemnizaciones, entre otras análogas).

resulta siendo ínfimo debido a las condiciones particulares con la que debería ser tratada una controversia con el Estado.

Como hemos podido observar, existe la posibilidad de recurrir a la conciliación como un mecanismo de solución de controversia. Conforme está redactada la norma, específicamente en el artículo 224.1 del Decreto Supremo n.º 344-2018-EF, se ha dispuesto lo siguiente:

224.1. Las partes pueden pactar la conciliación como mecanismo previo al inicio de un arbitraje. La conciliación se solicita ante un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos dentro del plazo de caducidad correspondiente y es llevado a cabo por un conciliador certificado por dicho ministerio.

En otras palabras, se ha dispuesto que la posibilidad de ir a conciliación sea facultativo de las partes, estableciendo la posibilidad de que esto se pacte como mecanismo previo al inicio de un arbitraje. Ante esta circunstancia nos podemos enfrentar a dos situaciones: que la conciliación sea exigible como requisito previo al inicio de un arbitraje o que la conciliación sea un mecanismo optativo que tengan las partes previo al arbitraje.

A lo largo de la evolución de nuestra normativa se puede observar que desde la modificación que trajo el Decreto Supremo n.º 056-2017-EF —el cual modificó el Decreto Supremo n.º 350-2015, Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado— y la modificatoria de la Ley n.º 30225 con el Decreto Legislativo n.º 1341 se buscó dotar a la conciliación de mayor fuerza para llegar a sus fines incluyendo una disposición que establezca la responsabilidad funcional si es que proseguía la vía arbitral en vez de arribar a un acuerdo conciliatorio.

Antes de ello, las entidades públicas no arribaban a un acuerdo conciliatorio por temor a que a partir de éste se les pueda juzgar por alguna responsabilidad funcional debido a la no protección de los intereses del

Estado. Sin embargo, observaremos que pese a las disposiciones normativas establecidas por la actual normativa, arribar a un acuerdo conciliatorio sigue siendo un problema latente en algunas entidades del Estado.

Con la actual normativa, la cual ha mantenido lo establecido por su predecesora, la ley ha señalado en su artículo 45 inciso 12 lo siguiente:

45.12 La conciliación se realiza en un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Durante la conciliación o ante la propuesta de acuerdo conciliatorio, el titular de la entidad, con el apoyo de sus dependencias técnicas y legales, realiza el análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible. En ambos casos, se puede solicitar opinión de la procuraduría pública correspondiente o la que haga sus veces.

Las principales modificaciones que trajo este decreto legislativo es que ahora no se deja a disposición de la entidad de forma amplia la posibilidad de arribar a un acuerdo conciliatorio, sino que dicha acción depende del titular de la entidad. Asimismo, conforme a la última modificatoria de la ley, se ha sostenido que se debe realizar un análisis costo-beneficio de la posibilidad de arribar a un acuerdo conciliatorio.

Por otro lado, una incorporación de la nueva normativa, a nuestro juicio acertada, ha establecido que se puede solicitar la opinión de la procuraduría pública o la que haga sus veces. Es importante establecer que la defensa jurídica del Estado, a partir del Decreto Legislativo n.º 1068, la realizan las procuradurías públicas, por lo que resulta provechoso que los titulares de las entidades puedan conocer sus opiniones en lo que respecta al costo en tiempo y recurso de proseguir la vía arbitral, así como la posibilidad de éxitos, ambos requisitos para arribar un acuerdo conciliatorio según la actual normativa.

Dentro de una entidad pública, usualmente, existen las áreas que se encargan de la ejecución de los contratos y las procuradurías públicas. Podemos citar como alguna de ellas al Programa Nacional de Saneamiento Rural del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, el Proyecto Especial de Infraestructura y Transporte Nacional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Programa Nacional de Alimentación Escolar - Qali Warma del Ministerio del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, el Programa Nacional de Infraestructura Educativa del Ministerio de Educación, entre otros. Todos estos programas o proyectos se encargan de ejecutar las labores para las cuales han sido creadas. Estos proyectos ejecutan sus contratos con los particulares y, por tanto, alguno de ellos deviene en controversia.

En estos casos todas las controversias que tienen los programas señalados en el párrafo anterior son asumidas por las procuradurías públicas de los ministerios a los cuales se encuentran adscritos. Por lo señalado, son éstas últimas las que conocen, mejor que otra área dentro de las entidades, cuáles pueden ser los resultados de proseguir la vía arbitral. Consideramos que el principal problema de la redacción de la norma —lo cual no amerita un cambio normativo, sino un orden interno por parte de las entidades— es establecer a quién se le puede pedir cada opinión técnica. Según la redacción, el éxito de proseguir la vía arbitral puede ser opinado por un área técnica y legal que no es la que se encarga de llevar los procesos arbitrales de dicha entidad, por lo que su opinión, por más valiosa que sea, no resulta de una experiencia práctica puesto que son las procuradurías públicas las que mejor que nadie conocen estas situaciones.

Esperamos que con el cambio introducido por el Decreto Legislativo n.º 1444, el cual incluye a las procuradurías públicas como posibles actoras dentro de un proceso de conciliación, se tenga resultados positivos en la solución de las controversias del Estado. A nuestra consideración, los titulares de las entidades deben recoger la opinión de la procuraduría pública en lo que respecta al éxito en un arbitraje.

Otro punto importante fuera del éxito en el arbitraje, es en lo que respecto al análisis costo-beneficio de proseguir la vía arbitral. Ir a un arbitraje resulta una inversión en dinero por parte del Estado y una cuestión de tiempo por parte de sus dependencias legales. Fuera de los costos que involucra el pago a los árbitros, secretarías arbitrales, peritos, entre otros, se invierte tiempo por parte de las áreas legales que tienen las entidades, lo cual puede generar un exceso en la carga laboral que se posee.

El haber incluido como disposición normativa que además del éxito en el arbitraje se pueda analizar el costo-beneficio de proseguir dicha vía, resulta positivo siempre que se analicen los factores de tiempo y dinero que involucra proseguir la vía arbitral. Las entidades públicas deberían evaluar la conveniencia de someter una controversia a arbitraje también considerando en los esfuerzos que se desplegarán para llevar dicho proceso por sus áreas legales.

Estos elementos, en nuestra opinión, deberían ser presentados por informes técnicos sustentados por las procuradurías públicas a fin de que los titulares de las entidades tomen la mejor decisión posible.

Por otro lado, no menos importante es lo que ha incorporado, de forma más expresa, el Reglamento de la Ley. Desde el anterior cuerpo normativo dicha disposición ya se presentaba, por lo que parece importante conocer cómo es que ésta debe ser tramitada dentro de un proceso de conciliación para que resulte efectiva.

Fuera de lo establecido en la Ley, el Reglamento ha señalado lo siguiente en el artículo 224.2:

224.2. Bajo responsabilidad, el titular de la entidad o el servidor en quien éste haya delegado tal función evalúa la decisión de conciliar o de rechazar la propuesta de acuerdo conciliatorio considerando criterios de costo-beneficio y ponderando los costos en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje y la conveniencia de resolver la con-

troversia a través de la conciliación. Asimismo, *se consideran los riesgos que representa la controversia en el normal desarrollo de la ejecución contractual, incluyendo el de no poder alcanzar la finalidad del contrato al no adoptarse un acuerdo conciliatorio*. Dicha evaluación se encuentra contenida en un informe técnico legal previo debidamente sustentado. (El resaltado es nuestro).

Como se podrá apreciar, se ha adicionado a lo establecido en la Ley que se deben analizar los riesgos que representa proseguir con un proceso arbitral en el normal desarrollo de la ejecución contractual. Dependiendo del momento en el que se encuentre la ejecución contractual, será más o menos perjudicial el inicio de un proceso arbitral.

El objetivo de todo proceso de contratación del Estado es poder mejorar un servicio que encuentra en la obligación de brindar. El inicio de un proceso arbitral va a afectar la normal ejecución del contrato puesto que existe una discrepancia sobre la interpretación de una cláusula contractual. Esta acción puede repercutir, en tanto se trate de dinero, hacia la correcta ejecución del contrato, puesto que el particular va a considerar que se está afectando la economía normal que había destinado inicialmente para cumplirlo.

Sobre este punto consideramos que la opción del titular de la entidad no puede ser similar al anterior respecto a consultar la opinión de la procuraduría pública, sino que, por el contrario, debe solicitar la opinión de las dependencias legales que se encargan de la ejecución de los contratos.

En nuestra consideración, el supuesto adicional que señala la ley al establecer que se debe analizar la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible, y su símil en el Reglamento al señalar que se analice la conveniencia de resolver la controversia vía conciliación se encuentran dentro de los supuestos macro que han sido detallados en los párrafos anteriores, por lo que, en conclusión, una entidad pública debe considerar lo siguiente al momento de conciliar:

- i. Análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso arbitral.
- ii. Expectativa de éxito de seguir el arbitraje.
- iii. Riesgos que representa la controversia en el normal desarrollo de la ejecución contractual.

Bajo este escenario buscaremos dar las respuestas que, a nuestra consideración, se deberían establecer en las entidades públicas al momento de analizar todos estos supuestos. Conforme hemos detallado, los dos primeros deberían ser analizados por las procuradurías públicas, mientras que el tercero debería ser analizado por las dependencias legales encargadas de la ejecución de los contratos.

Previo a ello, consideramos pertinente señalar que el artículo 45.13² de la Ley resulta interesante de ser analizado puesto que ha establecido que la responsabilidad funcional sólo se determinará en el supuesto que se determine que la posición de la entidad no será acogida en sede arbitral.

A nuestra consideración, se ha analizado de forma objetiva las consecuencias de proseguir la vía arbitral teniendo como única consideración el análisis sobre el resultado que se puede obtener cuando tanto la Ley como el Reglamento han establecido otros dos supuestos, por lo menos, para tener la posibilidad de conciliar, los cuales sí deberían ser tomados en consideración por las entidades y, en consecuencia, tener un grado de responsabilidad hacia el titular.

Es importante que se entienda de parte de las entidades públicas que la redacción normativa de la Ley ha establecido el supuesto de responsabilidad funcionaria únicamente por proseguir la vía arbitral

² 45.13 Constituye responsabilidad funcional impulsar o proseguir la vía arbitral cuando el análisis costo-beneficio determina que la posición de la entidad razonablemente no será acogida en dicha sede. El reglamento establece otros criterios, parámetros y procedimientos para la toma de decisión de conciliar.

cuando la postura no será acogida, por lo que no se podrá aplicar la responsabilidad funcional por no proseguir con la vía arbitral cuando se determine que puede existir éxito en el arbitraje, pero del análisis de los elementos (i) y (iii) se determine que resulta perjudicial para el Estado.

Por otro lado, en el supuesto anterior, el titular de la entidad podría proseguir la vía arbitral sin responsabilidad funcional puesto que se ampararía en el informe que le determinó el éxito en la vía arbitral para proseguir por dicho camino sin importar la afectación a los otros dos puntos que se han establecido. A nuestra consideración, la responsabilidad funcional de parte de las personas que decidan sobre ir o no a una conciliación debería analizar todos los elementos que ha traído la Ley y el Reglamento, y no sólo el aspecto objetivo del éxito.

Otro aspecto importante de la normativa es que ha señalado que la medición para considerar la responsabilidad funcional se determina si es que razonablemente la posición de la entidad no será acogida. El principal problema que nos trae este artículo es qué entender por razonablemente para determinar si algo será o no acogido en sede arbitral.

Nos surgen varios cuestionamientos al análisis sobre la razonabilidad de los elementos que puedan determinar las áreas legales para determinar el éxito o no en la vía arbitral. A fin de no divagar sobre las múltiples posibilidades que se pueden generar sobre dicha palabra, consideramos que lo óptimo es que se realice un análisis a partir de los resultados que se hayan obtenido en situaciones similares.

En otras palabras, las entidades deberían recoger la casuística que ha sido determinada en los laudos arbitrales a partir de las experiencias similares que han tenido las entidades. Sería ideal que éstos informen no sólo se recojan a partir de una casuística separada por cada entidad Pública, sino que tenga una correlación con los resultados de otras entidades. Esto debido a que las entidades públicas que tengan una mayor

casuística verán una ventaja frente a las que no, por lo que éstas últimas pueden no valorar de forma correcta las situaciones que se presentan para llegar a acuerdos conciliatorios.

Nos encontramos frente a un arbitraje con el Estado, por lo que los resultados que se obtienen no resultan confidenciales. Se debería trabajar en preparar una base de datos especializada que permita conocer de mejor manera cuáles son los resultados que tienen las entidades públicas dentro del escenario jurídico.

Resumiendo el punto central anterior, sólo existe un limitante para conciliar, el cual se presenta cuando se determine que no se tendrá éxito en la vía arbitral. En dicho supuesto, el titular de la entidad tendrá que verse en la obligación de conciliar, incluso cuando los otros dos elementos pueda que no se vean afectados. Viendo el aspecto positivo de la norma, las entidades públicas no podrán proseguir la vía arbitral si es que existe un informe que señala que no se tendrá éxito, por lo que se evitarán arbitrajes innecesarios que sobrecarguen a las procuradurías públicas.

Como venimos sosteniendo, la información que tengan las entidades públicas sobre los acuerdos conciliatorios a los que se puede arribar resultará importante puesto que la misma norma ha establecido que los informes que se tengan que presentar deben encontrarse debidamente sustentados, por lo que la recopilación de información sobre el éxito de un arbitraje será importante de ser analizada para tomar una correcta decisión. Asimismo, en caso de un proceso por responsabilidad funcional también será importante determinar qué es lo que se entiende por razonable al momento de establecer si es que se prosigue o no con la vía arbitral.

Según nuestra postura, el análisis sobre el punto del éxito en un arbitraje debe ser presentado a partir de los resultados anteriores que se

hayan obtenido en laudos arbitrales que analizaron similares características y hechos a los que se presentan en la controversia materia de análisis.

No es labor de este subcapítulo desarrollar de forma extensa lo que consideramos que es razonable o no para determinar el éxito en el arbitraje, por lo que tomaremos como hipótesis que mientras una entidad tenga mayor cantidad de casos ganados que perdidos sobre las pretensiones que están siendo sometidas a conciliación y se presenten hechos similares sobre los que versan los laudos analizados, se considerará que existe razonablemente la posibilidad de éxito en el arbitraje.

Asimismo, a fin de que no existan críticas sobre la forma de aplicar este artículo para nosotros, consideramos que no se tiene, razonablemente, la posibilidad de que la tesis de una entidad sea acogida en un arbitraje cuando en el 90% de situaciones similares ha tenido un resultado desfavorable.

Si bien podemos entrar a discutir la forma como debe determinarse ese 90%, así como si resulta excesivo o no, debemos recordar que la norma no ha señalado que se tenga la certeza sobre el no acogimiento de la posición de la entidad, sino que habla de una razonabilidad en la decisión. A nuestra consideración, si es que se tienen 10 casos y en 9 con situaciones similares se ha obtenido un resultado desfavorable, se puede colegir, razonablemente, que la posición de la entidad no será acogida en la vía arbitral.

A continuación, pasaremos a presentar los supuestos que se pueden presentar en materia conciliatoria y cómo es que deberían ser decididos.

2.1. Primer supuesto

- i. El análisis costo-beneficio, de proseguir con la controversia, resulta ser perjudicial para la entidad.

- ii. La expectativa de éxito de seguir en el arbitraje indica que razonablemente no será acogida.
- iii. Se presentan riesgos en la ejecución contractual si es que prosigue con el arbitraje.

En este supuesto, consideramos que no existe mayor discrepancia por parte de las entidades públicas, así como de los particulares que pudieran tomar conocimiento de ello, que no se debería proseguir con la vía arbitral, sino que se debería buscar la conciliación para poner fin a la controversia puesto que los tres elementos que se pueden tomar en consideración han resultado negativos. En estos supuestos debería de aplicarse la responsabilidad funcional del artículo 45.13 de la Ley.

2.2. Segundo supuesto

- i. El análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia resulta ser perjudicial para la entidad.
- ii. La expectativa de éxito de seguir en el arbitraje indica que razonablemente no será acogida.
- iii. No se presentan riesgos en la ejecución contractual si es que prosigue con el arbitraje.

En este caso podríamos considerar que, debido a que no se presentan riesgos en la ejecución contractual, se podría proseguir con la vía arbitral. Sin embargo, recordemos que se encuentra vetada la posibilidad de proseguir por la responsabilidad funcional.

Sin perjuicio de ello, debemos entender que el hecho de encontrarnos en una conciliación involucra la existencia de una controversia entre las partes por lo que la posibilidad de solucionarla en el más breve plazo debe ser el principal factor a considerar. Incluso en el supuesto de la inexistencia de la responsabilidad funcional del artículo 45.13 de la Ley, no se debería proseguir con la vía arbitral. Solucionar una controversia debe ser el principal factor a considerar en los mecanismos

alternativos, por lo que proseguir una vía cuando hay dos factores que resultan afectados no debería ser considerado.

2.3. Tercer supuesto

- i. El análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia resulta ser perjudicial para la entidad.
- ii. La expectativa de éxito de seguir en el arbitraje indica que razonablemente será acogida.
- iii. No se presentan riesgos en la ejecución contractual si es que prosigue con el arbitraje.

En estos casos las entidades públicas se pueden encontrar frente a una situación donde se tendrá que realizar un análisis más complejo. Como podemos observar, no existirá responsabilidad funcional ya que el informe indica que se puede tener éxito en la vía arbitral ni una afectación a la ejecución contractual; sin embargo, el análisis costo-beneficio (tiempo y dinero) resulta siendo perjudicial para el Estado.

En este punto quiero señalar que algunas entidades públicas han optado por no asumir los gastos arbitrales que tienen que pagar para proseguir el arbitraje con la finalidad de que el único desembolso lo realice el privado que inicia el arbitraje y que, en un futuro laudo arbitral, se le condene el 50% que debería asumir. Esto genera un problema por parte de los privados que no sólo tienen que ir a la vía arbitral para solucionar un problema que, a su juicio, consideran que ha sido ocasionado injustamente por las entidades, sino que, además, deben lidiar con la falta de asunción de responsabilidad sobre el pago de los gastos arbitrales por parte de éstas. En otras palabras, no sólo se ven afectados económicamente por la controversia que van a solucionar, sino también por la falta de pago de las entidades.

Aclarado esto, el análisis costo-beneficio en temas de dinero también debe involucrar el monto que debería ser asumido por la entidad

respecto a los gastos arbitrales. Incluso en el supuesto que su estrategia involucre el no pago de esos gastos, existe la posibilidad de que el tribunal arbitral igual determine que los gastos arbitrales deberían de ser asumidos en igualdad de proporciones, por lo que al final representa una deuda del Estado con un particular.

Otro aspecto importante que tiene que realizarse en esta parte es el tiempo que se desplegará por parte de la procuraduría y el área legal para proseguir con la vía arbitral. La sobrecarga que pueda tener repercute en la correcta administración de otros procesos arbitrales, por lo que el factor del tiempo que tendrá que invertirse en la controversia debería de ser analizado.

Analizando estos factores, en nuestra opinión, se debería conciliar siempre que las pretensiones sometidas sean declarativas, en otras palabras, que el resultado no afecte económicamente a la entidad (ej. ampliación de plazo contractual sin pago de gastos generales); sin embargo, si es que se involucrará económicamente a la entidad, debería de proseguirse la vía arbitral a partir de que existe la posibilidad de éxito del informe presentado.

Si bien existe un factor que puede afectar al Estado, el análisis costo-beneficio de proseguir la vía arbitral terminará siendo relegado en los supuestos donde una conciliación pueda afectar económicamente a la entidad teniendo un informe que señale que se tiene una posibilidad de éxito en la vía arbitral.

2.4. Cuarto supuesto

- i. El análisis costo-beneficio, de proseguir con la controversia, resulta ser perjudicial para la entidad.
- ii. La expectativa de éxito de seguir en el arbitraje indica que existe la posibilidad de que sea acogida.

- iii. Se presentan riesgos en la ejecución contractual si es que prosigue con el arbitraje.

Éste es uno de los supuestos para tener especial cuidado por los titulares de las entidades al momento de considerar si es que debería o no llegarse a un acuerdo conciliatorio.

En el caso de análisis proseguir la vía arbitral indica que existe la posibilidad de que la postura de la entidad sea acogida, por lo que no se incurrirá en responsabilidad funcional; sin embargo, los otros dos factores tienen un impacto negativo en su análisis. La pregunta ideal es: ¿hasta qué punto es más importante el éxito en el arbitraje que las externalidades negativas del proceso?

En primer lugar, se debe considerar cuánta posibilidad de éxito existe para que se acogida la posibilidad. Es claro que existe una posibilidad de que ésta sea acogida y que no nos encontramos en el supuesto que sanciona la norma para responsabilidad funcional; sin embargo, en qué grado el análisis que realizó la dependencia técnica resulta siendo, a nivel de estadísticas, cierto.

Este factor resulta importante de ser analizado. Para ser coherentes con las cifras establecidas de forma preliminar, si es que la posibilidad de éxito se encuentra entre un 80% y 100%, la entidad deberá considerar que este factor puede llevar a la posibilidad de no conciliar. Si es que la posibilidad ronda un 60% y 79% deberían analizarse de forma más incisiva los otros puntos que resultan siendo afectados ya que la posibilidad de éxito sigue siendo alta, pero sin tanta certeza. Por último, si la posibilidad de éxito se encuentra entre el 40% y 59% nos encontramos frente a una situación de mayor incertidumbre, por lo que en estos casos se debe optar por conciliar.

A fin de ir avanzando, es claro que en el último supuesto señalado la posibilidad de conciliar se presenta de mejor manera ya que la posi-

bilidad de éxito es baja; sin embargo, consideramos que aún en los dos primeros supuestos se debería analizar la posibilidad de arribar a una conciliación si es que concurren otros elementos. En los supuestos señalados no se debe perder de vista que existe una afectación en la ejecución contractual si es que se prosigue con el arbitraje. Con esto no queremos decir que cualquier conducta que el privado realice debe ser consentida por la entidad, sino que sí existe un margen de interpretación sobre las acciones que han sido realizadas, siempre que éstas no hayan sido realizadas con mala fe, para preferir la preservación del contrato. Debería primar esto para que no se afecte su ejecución.

Incluso en los supuestos de éxito casi asegurado para las entidades, si la afectación a la ejecución contractual es tan alta que puede llevar a su suspensión a raíz de una posterior resolución del contrato o una suspensión por acuerdo entre las partes, debería preferirse una conciliación, puesto que los costos de tener un contrato sin ejecutar resultan mucho más elevados.

En este punto se debe recordar que entra en el análisis la ejecución de las garantías que son entregadas a la entidad. Con nuestra postura no estamos queriendo decir que el Estado debe volverse superflexible en lo que respecta a posibles incumplimientos de parte de los privados, sino que analice de forma integral los costos que los que puede incurrir de proseguir la vía arbitral. Si es que considera que los costos se verán cubiertos por estas garantías, las cuales podrán ser ejecutadas en los casos que establece el artículo 155 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, proseguir la vía arbitral con una posibilidad de éxito alto puede resultar siendo más beneficioso. No se debe perder de vista que los impactos que puede tener la ejecución de un contrato no sólo son económicos, por lo que se cometería un error sólo valorando económicamente. Se debe ponderar los intereses que también se encuentran conexos a esos intereses a fin de atenderlos de la mejor manera posible.

Otro punto que no se debe perder en este momento es que no es lo mismo dar todo lo que pide el privado a llegar a una conciliación. Conforme hemos advertido en la primera parte de este subcapítulo, la conciliación involucra que ambas partes desplieguen sus mejores esfuerzos en obtener una solución a la controversia cediendo un poco los intereses que poseen y teniendo claro cuáles son sus probabilidades de éxito de proseguir la vía arbitral. Una parte planteará que necesita cien para ver satisfecho su interés, mientras que la otra parte planteará que no se necesita nada. Ambas tendrán que ceder parte de sus pretensiones para buscar un acuerdo que satisfaga de manera parcial estos intereses.

A modo de ejemplo, en un supuesto en el cual el privado considere que no tiene mucha posibilidad de éxito en el arbitraje, pero considera justo su reclamo (incumplimientos formales de la normativa, ampliación de plazo solicitada con todos los requisitos, pero fuera del plazo legal) sabe que tendrá que ceder muchos de sus intereses con la finalidad de arribar a un acuerdo. Una solución para el ejemplo propuesto podría ser que la entidad, por más que se garantice una probabilidad de éxito en el arbitraje, plantee como contrapuesta un plazo reducido con el reconocimiento de sus gastos generales o el reconocimiento del plazo sin el pago de los gastos generales en el supuesto que esto afecte en gran medida la ejecución del contrato. Las entidades públicas no deben analizar de forma objetiva lo que se puede lograr en el arbitraje, sino el impacto que tiene en la ejecución contractual, puesto que el principal interés de la contratación pública es satisfacer una necesidad pública, por lo que así se tenga una victoria en la vía arbitral, si el perjuicio generado ha afectado de gran forma la ejecución contractual, los impactos los tendrán los ciudadanos para los cuales iba destinada la obra.

Un estudio que sería interesante que realicen las entidades públicas debería estar direccionado a conocer cuáles son las propuestas conciliatorias que se presentan ante ellas y de las rechazadas, cuál es el resultado en la vía arbitral. Así se podría realizar un análisis casuístico si es que se

está rechazando de forma correcta las propuestas conciliatorias, porque en esta vía el privado puede ceder parte de sus intereses para arribar a un acuerdo, pero en la vía arbitral solicitará la totalidad de lo que considera justo.

En este punto es pertinente resaltar que para obtener un buen resultado de las consecuencias de la ejecución contractual se analicen los siguientes elementos: (i) cuál es el objeto del contrato puesto (contrato de obra, supervisión, bienes y servicios); (ii) el monto contractual; (iii) las prestaciones establecidas; (iv) el tipo de contrato establecido (suma alzada, precios unitarios); entre otros. Así se podrá determinar la afectación que tendrá la entidad pública y si es que también repercute en la sociedad de manera más directa.

Si es que el Estado considera que tener un contrato sin ejecutar o con una ejecución disminuida no afecta sobre manera sus intereses, debería proseguir con la vía arbitral en el caso que el éxito que pueda tener en esa vía sea elevado. Sin embargo, en los casos donde se considere que se afectan tanto los intereses como las arcas del Estado al tener un contrato con una ejecución disminuida, incluso si la posibilidad de éxito es alta, se debería preferir la posibilidad de conciliar a fin de tener el objeto contractual en óptimas condiciones.

No se debe perder de vista que la posibilidad de tener un contrato con una ejecución disminuida o uno resuelto afecta los intereses de las entidades ya que la realización de estos contratos tiene como base ello. El Estado no contrata si es que no existe una razón que lo justifique; por lo tanto, hay una correlación con una necesidad pública de que esto sea cubierto.

Debe existir un análisis de la posibilidad de que la postura sea acogida en sede arbitral no sólo a partir de los formalismos que la propia Ley trae y las consideraciones que ya tuvo la entidad, sino también a partir de la visión que han tenido los tribunales arbitrales a partir de

controversias similares. En los casos donde las acciones de los privados no sean antijurídicas, sino ahonden en un criterio de interpretación, se debería preferir por conciliar con la finalidad de salvaguardar la ejecución contractual. Esto se debería presentar en los casos donde el rango de probabilidad de éxito no sea tan alto.

Existen conductas que pueden ser soportadas por las entidades que pueden llevar a un proceso donde se genere una conciliación. A modo de ejemplo, un contratista presenta una solicitud de ampliación de plazo cumpliendo los requisitos que se han establecido en la Ley y con la venía del supervisor de obra; sin embargo, la entidad considera que no debe otorgarse dicha ampliación ni el pago de sus gastos generales porque, a su juicio, no se afecta la ruta crítica de la obra.

En el ejemplo citado, el no otorgar la ampliación de plazo ni el pago de los gastos generales afecta de forma grave a la obra porque pone en una inestabilidad económica al contratista y el plazo contractual se ve afectado por lo que, ante la incertidumbre de la aprobación o no de la ampliación se tiene que acelerar el calendario para evitar cualquier resultado negativo del proceso arbitral; no obstante, por la falta de recursos, esto resulta complicado para el privado.

Esta obra resultaba de vital importancia puesto que el impacto que tenía hacia la comunidad que iba dirigida era alto. En este caso, la entidad realiza su estudio de probabilidad de éxito y le resulta un 55%. Se tiene una probabilidad de éxito que supera el 50%; sin embargo, se debe ponderar con las afectaciones que se han realizado a la ejecución contractual.

Según nuestra postura, así se tenga esta probabilidad de éxito se debería preferir la conciliación con la finalidad de garantizar la ejecución contractual. No se debe perder de vista que estamos ante mecanismo de solución de controversias que tienen como finalidad poner fin a las disputas que tienen las partes.

Otro aspecto relevante que no hemos desarrollado hasta el monto es que el primer supuesto referido al análisis costo-beneficio de proseguir la vía arbitral también se ve afectado en el supuesto que estamos desarrollando. Sumado a todo lo explicado anteriormente, tenemos que otro de los supuestos señalados también se ve afectado, por lo que no sólo la ejecución del contrato es lo que preocupa para arribar a una conciliación, sino también elementos conexos como son el tiempo que se desplegará en la controversia y el dinero que se tendrá que invertir.

Como vemos, hay muchas más situaciones que deben ser analizadas que sólo el éxito en la vía arbitral. En este caso, el no proseguir la vía arbitral no devendrá en la responsabilidad funcional de la persona que decida ello por la redacción de la norma, por lo que puede analizar otros elementos que se pueden ver afectados por esta decisión.

No es una decisión sencilla que sólo pueda ser analizada de forma objetiva, por lo que la respuesta que tenemos ante este supuesto es privilegiar la conciliación, salvo que se considere que tanto objetivamente como subjetivamente los riesgos de un posible fallo en contra o el tiempo que demore el proceso arbitral, así como las futuras consecuencias de esa decisión, no afectan a la entidad ni a las personas a las que iban dirigidas ese contrato.

2.5. Quinto supuesto

- i. El análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia no resulta ser perjudicial para la entidad.
- ii. La expectativa de éxito de seguir en el arbitraje indica que razonablemente no será acogida.
- iii. Se presentan riesgos en la ejecución contractual si es que prosigue con el arbitraje.

En este supuesto, consideramos que resulta claro que la conciliación es la mejor forma de finalizar la controversia. Asimismo, con base

en el artículo 45.13 de la Ley, las titulares de las entidades se verán en la obligación de conciliar porque el segundo punto no se cumple.

2.6. Sexto supuesto

- i. El análisis costo-beneficio, de proseguir con la controversia, no resulta ser perjudicial para la entidad.
- ii. La expectativa de éxito de seguir en el arbitraje indica que razonablemente no será acogida.
- iii. No se presentan riesgos en la ejecución contractual si es que prosigue con el arbitraje.

En este caso, similar al anterior, no existe la posibilidad de que un titular de alguna entidad no concilie debido a que existe un informe que indica que la postura no será acogida en vía arbitral.

Este ejemplo resulta interesante a la luz de la evolución normativa puesto que en el caso de que no existiera la responsabilidad funcional, la posición de una entidad se encontraría dirigida a posponer la mayor cantidad de tiempo posible; sin embargo, debe entenderse que la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado ha buscado alejarse de la confrontación directa que trae un proceso judicial buscando dotar a las controversias con el Estado de mecanismos más eficaces y eficientes (junta de resolución de disputas, conciliación, arbitraje) por lo que, incluso si existiera un cambio normativo derogando la responsabilidad funcional, se debería seguir preservando la conciliación en estos supuestos.

2.7. Séptimo supuesto

- i. El análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia no resulta ser perjudicial para la entidad.
- ii. La expectativa de éxito de seguir en el arbitraje indica que puede ser acogida.

- iii. Se presentan riesgos en la ejecución contractual si es que prosigue con el arbitraje.

Este supuesto es similar al cuarto supuesto puesto que presenta una afectación a la ejecución del contrato; sin embargo, el análisis costo-beneficio de proseguir la controversia ahora no se encuentra afectado.

En este caso, además de los elementos señalados en el cuarto supuesto, el análisis debería involucrar el nivel de impacto de la ejecución contractual. Si bien también existirá un análisis sobre la expectativa de éxito y la relación que tenga con la ejecución contractual, el impacto en la ejecución contractual será el elemento determinante en este supuesto ya que es el único afectado.

A nuestro criterio, si la afectación generada en la ejecución contractual es de un 90% o más, se debería preferir optar por la vía conciliatoria siempre que el acuerdo conciliatorio solucione el problema que se ha generado y no existan mayores problemas en la ejecución contractual. Un elemento que se debe presentar en todo lo anterior, pero lo desarrollaré en el presente es que se debe considerar si el acuerdo conciliatorio pondrá fin a esta controversia y cualquier otra similar que pueda presentarse en la ejecución contractual.

Con esto nos referimos a que si estamos frente a un contrato que trae bastantes problemas —debido a las deficiencias se presentan en la estructuración del expediente técnico, problemas en los términos de referencia, entre otros—, una conciliación pueda que no solucione la totalidad de problemas que devendrán posteriormente. Es importante analizar en qué momento nos encontramos de la ejecución contractual para conocer el impacto del acuerdo conciliatorio.

La finalidad de toda conciliación es poner fin a la controversia; sin embargo, en la Ley de Contrataciones del Estado, según nuestra postura, también busca que no se tengan mayores conflictos, por lo que debe

realizarse un análisis del impacto que tendrá una falta de acuerdo conciliatorio en un contrato que tendrá problemas. En estas situaciones, si las entidades han advertido ello, será ideal que se arriben a acuerdos conciliatorios que puedan proteger los intereses del Estado tanto en la ejecución del contrato, en el fallo que tenga un tribunal arbitral, así como la afectación económica que implique.

Otro elemento que debe considerarse es que siempre que el privado muestre una actitud que coadyuve a la ejecución del contrato se debe preferir mantener relaciones estables para que la ejecución contractual resulte más beneficiosa para el objeto del contrato. Una relación jurídica que tiene tensión entre las partes afecta de forma directa o indirecta la ejecución del contrato, puesto que la escala de tensión siempre estará presente frente a cualquier pequeña controversia. En varias ocasiones se debe conocer que la persona que se tiene al frente puede seguir ejecutando el contrato en controversia o algunos conexos por parte de los miembros de sus consorciadas o la misma empresa, por lo que es importante mantener buenas relaciones.

Estos elementos no se encuentran escritos de manera literal dentro de nuestra normativa, pero deben ser materia de análisis con la finalidad de proteger los intereses del Estado. Recordemos que proteger los intereses del Estado no es litigar todo para buscar el éxito en la vía arbitral, sino garantizar una correcta administración de las controversias, así como proteger la ejecución de los contratos.

Conforme hemos desarrollado en estos casos, si es que la afectación resulta siendo muy perjudicial para la ejecución del contrato, se debería buscar conciliar preservando los intereses del Estado. En los casos que no resulten tan claros se deberá tener elementos adicionales tales como conocer si es que es un contrato con problemas estructurales, las relaciones jurídicas que se tiene con la parte en controversia, la posibilidad de éxito en el arbitraje (ver cuarto supuesto), entre otros. Sin embargo, nuestra postura es poder coadyuvar a evitar que toda controversia se

lleve a arbitraje puesto que sólo perjudica la correcta ejecución de un contrato y genera carga laboral en las procuradurías públicas.

2.8. Octavo supuesto

- i. El análisis costo-beneficio, de proseguir con la controversia, no resulta ser perjudicial para la entidad.
- ii. La expectativa de éxito de seguir en el arbitraje indica que puede ser acogida.
- iii. No se presentan riesgos en la ejecución contractual si es que prosigue con el arbitraje.

En este supuesto resulta claro que las entidades deben proseguir con la vía arbitral puesto que no se ven afectados los otros elementos a considerar. Si bien se puede analizar, dependiendo del tipo de controversia que se presente (declarativa o no), si es que realizando un análisis integral la propuesta conciliatoria es atractiva para el Estado puesto que el privado está solicitando algo ínfimo para poner fin a la controversia, de todos modos un proceso arbitral involucra tiempo y esfuerzos por parte de la procuraduría pública por lo que incluso así no resulten perjudiciales para el Estado, si es que se puede finalizar una controversia, se debería optar por ello.

En este subcapítulo hemos buscado establecer nuestra perspectiva de cómo debería ser abordada la conciliación, de manera general, por parte de las entidades públicas.

En el caso de un privado, estos tres elementos que hemos venido desarrollando no deben ser dejados de lado al momento de analizar la propuesta conciliatoria que vaya a ser realizada, puesto que siempre debe mostrar que resulta mucho más beneficiosa que proseguir la vía arbitral. El punto de los privados será desarrollado en un subcapítulo posterior cuando se analicen los requisitos que, según nuestra postura,

deberían tener los centros de conciliación que administran controversias con el Estado.

3. FORMAS DE PACTAR UNA CONCILIACIÓN

Conforme ha sido establecido tanto en la Ley de Contrataciones del Estado como en su Reglamento, las partes tienen posibilidad de recurrir a la conciliación de forma facultativa, por lo que existen dos supuestos que procederemos a analizar en el presente subcapítulo: (i) cuando el convenio arbitral incluya a la conciliación como obligatoria de forma previa a someter las controversias a arbitraje; y (ii) cuando los convenios arbitrales no hayan establecido el requisito de conciliación como paso previo al arbitraje.

3.1. Cuando el convenio arbitral incluya a la conciliación como obligatoria de forma previa a someter las controversias a arbitraje

En caso una entidad pública haya optado por esta posibilidad significa que se ha realizado un análisis costo-beneficio de incluir dicha disposición en la cláusula de solución de controversias. No resulta beneficioso que las entidades públicas incluyan dicha disposición normativa como obligatoria para, en la mayoría de casos, no finalizar sus controversias por esta vía.

La Ley de Contrataciones del Estado, acertada según nuestra postura, no ha obligado que la conciliación sea un requisito para iniciar la vía arbitral, por lo que si una entidad pública la incluye dentro de sus contratos, deberá tener en consideración que su finalidad es arribar acuerdos conciliatorios y no sólo un requisito burocrático previo para ir al arbitraje. Debería existir un análisis de parte de las entidades públicas que han establecido la conciliación como obligatoria a partir de los resultados que han tenido en los procesos conciliatorios. En caso los

acuerdos no se lleven a cabo de manera satisfactoria se debería dejar de manera optativa que la parte que tiene una controversia analice si es que le conviene o no someter su controversia a conciliación.

En estos supuestos tanto la entidad como el privado no tienen otra posibilidad que ir a una conciliación previamente a someter sus controversias a la vía arbitral. Si es que la conciliación no ha sido incluida de forma correcta en los contratos, sólo se perjudicará a la solución de la controversia, puesto que el tiempo invertido al final perjudica el esclarecimiento de los hechos.

Nosotros consideramos que la conciliación no debería ser obligatoria en materia de la Ley de Contrataciones del Estado, sino facultativa, puesto que el análisis costo-beneficio de ir a este mecanismo lo deben realizar las partes contractuales de forma particular y no de manera obligatoria.

3.2. Cuando el convenio arbitral no incluye a la conciliación como obligatoria de forma previa a someter las controversias a arbitraje, sino que la establece de forma facultativa

Este segundo supuesto resulta mucho más favorable para las partes puesto que depende de un análisis propio de éstas para determinar si es que recurren o no a la conciliación como mecanismo alternativo de resolución de controversias. En los procesos donde la solución del conflicto devenga de los intereses que tengan las partes para solucionarlo siempre resulta mucho más favorable que éstas sean las que elijan por este método.

En el caso de que las entidades públicas sean las que impulsen un proceso conciliatorio se debe analizar cuáles son los intereses que se persiguen y cuál es la finalidad principal. Usualmente, las entidades públicas someten a conciliación o arbitraje resoluciones contractuales,

liquidaciones de obras o vicios ocultos, por lo que su propuesta debería conciliar con los intereses que poseen.

En los casos de una resolución contractual, las entidades públicas deben analizar si existe la posibilidad de que la parte vuelva a ejecutar las prestaciones que se encontraron pendientes en el contrato; en otras palabras, si todavía se mantiene el interés en la ejecución contractual. De no ser el caso, la conciliación resulta innecesaria para proseguir la vía arbitral, puesto que no existirá un interés de dicha parte. En estos casos es usual que se busque revertir la resolución contractual por culpa de la entidad pública y se determine la responsabilidad del privado en la resolución del contrato.

En los casos de liquidaciones de obras resultará complicado que las partes lleguen a un acuerdo conciliatorio puesto que su controversia parte de un análisis netamente técnico sobre los montos pendientes de pago o saldos de obra. A nuestra consideración, por las opiniones legales que tienen las entidades públicas, resultará complicado arribar a un acuerdo conciliatorio; sin embargo, se debe evaluar la posibilidad de éste cuando los montos en disputa no resulten tan diferentes.

Por último, sobre vicios ocultos en la obra, dependiendo de las pretensiones que se tengan, se deberá analizar el beneficio de proseguir la vía arbitral. En caso una entidad vea intención del privado de solucionar el problema y tenga intereses en lo planteado por dicha parte deberá buscar conciliarlo con sus intereses. Lamentablemente, en este punto, debido a que representa una falla en la ejecución de alguna de las prestaciones, resultará poco factible que una entidad busque una conciliación debido a que considera que existe un acto imputable al privado.

Por el lado de los privados, el análisis debe estar dirigido a partir de los intereses que posee y el historial que posea la entidad con la que busque arribar a un acuerdo conciliatorio. En caso la entidad con la que se tenga controversia no arribe usualmente a acuerdos conciliato-

rios puede resultar perjudicial ir a esta vía. Asimismo, se debe analizar si es que el interés mínimo que tiene el privado puede ser acogido por una entidad pública. Al referirnos al interés mínimo estamos señalando cuál es el mínimo no negociable con el que tiene que retirarse el privado para no ver afectado de forma tan grave sus intereses. Este análisis resulta importante para conocer si es que conviene o no realizar una conciliación.

En los casos donde las respuestas anteriores sean negativas no resultará positivo acudir a la conciliación, sino será mejor acudir a la vía arbitral para solucionar las controversias.

4. LA PARTICIPACIÓN DE LOS CENTROS DE CONCILIACIÓN

Luego de haber analizado la participación de las entidades públicas en procesos conciliatorios es importante reconocer la importancia de los centros de conciliación en la que se realiza, así como la participación que tienen los privados en este proceso. Conforme a lo expuesto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, las partes deben recurrir a un centro de conciliación que se encuentre debidamente acreditado ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para poder llevar su proceso conciliatorio.

Una de las principales críticas que recibió el Decreto Legislativo n.º 26872, Ley de Conciliación, es que debido a que se necesitaba la acreditación de los centros de conciliación para operar diversas instituciones, algunas serias y otras no tanto, solicitaron su acreditación. Debido a los requisitos que eran exigidos hoy en día podemos encontrar centros de conciliación en diversos lugares del país que carecen de ciertos elementos que son importantes para este proceso.

Sumado a esto, de forma introductoria, podemos señalar que dentro de la normativa de la Ley de Conciliación, el capítulo III,³ referido a los requisitos para ser conciliador, se ha redactado de forma genérica y sólo se exige que esta persona se encuentre capacitada en técnicas de negociación y en medios alternativos de solución de conflictos. Como se podrá apreciar, el conocimiento sobre la materia no es requisito del conciliador.

Si bien puede existir una postura que defiende que el conciliador no es un mediador, sino que simplemente conduce el acuerdo conciliatorio, nosotros consideramos que sí es imprescindible ciertos conocimientos sobre la materia que está siendo parte del proceso puesto que, de otra forma, la persona no podrá llevar el proceso conciliatorio de una manera idónea. Con esto no queremos decir que hoy en día no existan conciliadores que favorezcan la solución de controversias, bajo la Ley de Contrataciones del Estado, que tengan un alto grado de preparación. Lo que buscamos es aportar un criterio adicional para que se tenga un mejor proceso conciliatorio.

En ese sentido, para este tipo de procesos nosotros consideramos que las personas que dirigen la conciliación entre los particulares de-

³ Capítulo III. Del conciliador

Artículo 20.- Funciones

El conciliador es la persona capacitada y acreditada que cumple labores en un centro de conciliación, propicia el proceso de comunicación entre las partes y eventualmente propone fórmulas conciliatorias no obligatorias.

Artículo 21.- Libertad de acción

El conciliador conduce la audiencia de conciliación con libertad de acción, siguiendo los principios establecidos en la presente ley.

Artículo 22.- Requisitos de los conciliadores

Para ser conciliador se requiere estar acreditado en un centro de conciliación y capacitado en técnicas de negociación y en medios alternativos de solución de conflictos.

Artículo 23.- Impedimento, recusación y abstención de conciliadores

Son aplicables a los conciliadores las causales de impedimento, recusación y abstención establecidas en el Código Procesal Civil.

ben tener conocimientos sobre las materias que son sometidas ante él. Recordemos que a partir de lo expuesto en el artículo 17 de la Ley de Conciliación, las materias sobre las cuales no se haya arribado a un acuerdo pueden ser objeto de tutela procesal efectiva. Resulta grave para nosotros que las partes no tengan claros los conceptos sobre los cuales se está conciliando debido al desconocimiento del conciliador sobre estas materias. Al final, las partes pueden resultar con un acuerdo superficial que no ha incorporado todos los problemas sufridos debido a que el conciliador no conocía de la materia.

Un ejemplo que podemos señalar es respecto de las conciliaciones en materia de familia. Aquí hay elementos adicionales a la objetividad y conocimiento del conciliador a cargo. Usualmente, en materia de familia existen problemas para arribar a acuerdos debido a la relación que tienen las parejas que acuden a estos centros. Sumado al desconocimiento de la materia, se suman problemas subjetivos que impiden llegar a un acuerdo conciliatorio. En este aspecto, podríamos detallar una serie de supuestos en los cuales la conciliación presenta elementos adicionales para llegar a acuerdos.

Conforme hemos señalado, la Ley de Contrataciones del Estado exige una acreditación del centro de conciliación ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. A nuestra consideración, para las materias que refieren al Estado, este requisito resulta insuficiente.

En primer lugar, desde un plano objetivo, la cantidad de centros de conciliación a los que se puede acudir no debería ser igual en una materia que requiere una especialidad mayor debido a dos aspectos principales: (i) la posibilidad de solucionar una controversia que involucra fondos del Estado; y (ii) la reacción de los particulares frente a las inversiones que realizan en nuestro país.

Partimos de la premisa de que resulta diferente solucionar una controversia en la cual se están discutiendo fondos particulares en los cuales

la autonomía privada, la libertad de contratar y la libertad de contratación se han expresado en su mayor esplendor. En estos casos son los particulares los que tendrán que soportar los costos que involucren la inejecución de un contrato, los daños por responsabilidad contractual, entre otros. En estos casos son los privados los que interiorizarán los costos dentro de sus patrimonios; en otras palabras, los resultados serán asumidos por sus bolsillos.

En el caso de controversias bajo la Ley de Contrataciones del Estado, el panorama resulta muy diferente. La pérdida a partir de una mala decisión siempre será un costo social, político o, principalmente, económico de parte del Estado. La paralización de una obra, una obra inconclusa, la falta de un supervisor, la falta de entrega de bienes, bienes con defectos, la deficiencia en un servicio, entre muchos otros problemas, sólo generarán externalidades negativas en la población a partir de la inejecución de un contrato. Los resultados de una controversia que tenga el Estado serán internalizados por toda su población ya que, de una u otra manera, los afectará.

En este aspecto, los lugares que van a tener una injerencia, directa o indirecta, en la solución de estas controversias deberían tener un requisito adicional al que se establece para administrar los problemas de los privados. Nosotros consideramos que debido a la importancia y complejidad de la materia se deberían establecer criterios adicionales a los que se poseen hoy en día para que un centro de conciliación pueda administrar los procesos conciliatorios bajo la Ley de Contrataciones del Estado.

En primer lugar, nosotros consideramos que el OSCE debería tener un listado de instituciones ante las cuales se puedan realizar conciliaciones, las cuales deberían estar acreditadas a partir de disposiciones que se establezcan en una directiva permanente. A nuestra consideración, la iniciativa que tuvo el Decreto Legislativo n.º 1321 al momento de establecer la primacía del arbitraje institucional sobre el arbitraje *ad hoc*

representaba un avance en la materia. A lo largo del tiempo se tuvo un debate bastante intenso sobre si es que el arbitraje institucional efectivamente representaba todos los beneficios que se reconocían de forma previa.

Consideramos que una de las fortalezas que tiene la institucionalización es que (i) se puede realizar un control más efectivo sobre los procesos que se administran; (ii) existe un ánimo de perdurar en el tiempo, por lo que debe resultar ser competitivo para el mercado; (iii) adecuan sus estatutos y demás a los intereses de los particulares; (iv) genera una seguridad jurídica respecto de la asunción de responsabilidad sobre algún error en el proceso, entre otros. No es menester del presente subcapítulo debatir sobre la institucionalidad o no, debido a que ese requisito ya es preestablecido por la Ley de Conciliación y la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que nos detendremos en explicar por qué resultaría más beneficioso un requisito adicional para ser un centro de conciliación en controversias con participación del Estado.

A modo de ejemplo, con la modificación introducida por el Decreto Legislativo n.º 1444 se ha establecido, aunque con una menor intensidad, que el arbitraje *ad hoc* será excepcional. Con la publicación del Reglamento se ha establecido en el artículo 225.3 que el monto máximo de un contrato para recurrir a un arbitraje *ad hoc* es de S/ 5'000,000.00 (cinco millones con 00/100 soles). Esto significa que se sigue prefiriendo ir por la vía de la institucionalización en la administración de las controversias a las que se somete el Estado.

No es menester de este capítulo debatir las razones por las cuales se debe o no preferir el arbitraje institucional o el *ad hoc*; asimismo, esto ha representado un gran debate dentro de nuestro mundo jurídico a partir de ciertos argumentos, los cuales no compartimos en su totalidad.

El presente subcapítulo busca desarrollar por qué deberían existir requisitos adicionales en los centros de conciliación que administren

procesos con el Estado. A continuación, procederemos a detallar las razones por las cuales se debe preferir tener un listado de los centros de conciliación ante los cuales el Estado pueda someter sus controversias.

4.1. Relaciones institucionales

Uno de los principales problemas que afronta el Estado, a nuestra consideración, es la falta de uniformización de la información. El principal problema para poder enfrentar una conciliación es tener en cuenta el éxito que se puede tener en la controversia no sólo a partir de los hechos que se tienen por cada parte, sino a partir de los resultados que situaciones similares han presentado. Asimismo, esto debe repercutir no sólo en el conocimiento de procesos conciliatorios, sino también de procesos arbitrales, por lo un centro que administra procesos arbitrales y uno que administra procesos conciliatorios no deberían ser ajenos sino, por el contrario, deberían estar relacionados o, por qué no, unificados.

Cuando una parte tiene un conflicto con otra, es muy poco usual, aunque a veces se presente, que se reconozca la responsabilidad que tiene cada una de ellas respecto del conflicto generado. Más aún, en situaciones donde existe una constante fiscalización sobre las labores realizadas por los funcionarios públicos resultará difícil que se acepte la responsabilidad de forma inicial, por lo que la versión que se busque defender siempre estará sesgada por la postura que defenderá cada parte.

En estos aspectos, las relaciones que generen las instituciones con las entidades públicas a partir del conocimiento sobre los resultados que se obtienen en las conciliaciones, así como su posterior sometimiento a la vía arbitral de ser el caso, representan un elemento que coadyuvaría a un mejor análisis por parte del Estado para conocer los supuestos en los que se puede conciliar o no. Según nuestra postura, sería ideal que sean los propios centros de arbitraje los que otorguen la posibilidad de realizar una conciliación dentro de sus instalaciones. A modo de ejemplo, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, además

de administrar arbitrajes, otorga el servicio de conciliación por lo que se podría realizar un análisis de la información que se posee a partir de los acuerdos que se tienen en los procesos conciliatorios junto con el resultado de procesos similares en la vía arbitral para conocer qué tan beneficioso resulta para el Estado proseguir la vía arbitral.

Como podemos apreciar, tener una base de datos a partir del resultado de los arbitrajes que han sido administrados y tener conocimientos de las principales materias que se someten a conciliación podría permitir un mejor escenario para las entidades públicas de cara a evitar arbitrajes innecesarios.

A modo de síntesis, uno de los primeros elementos que debe ser tomado en consideración para generar requisitos a los centros de conciliación especializados es que se generen relaciones institucionales a partir de los resultados que pueden ser obtenidos. La base de datos sería de vital importancia, tanto para el centro como para la entidad, de cara a enfrentar de una mejor forma las controversias del Estado.

5. RESPALDO DE UN ORGANISMO

Otro factor importante que hay que conocer se encuentra relacionado con la institución que respalda el centro de conciliación que administrará una controversia con el Estado. Dentro de nuestro país, los particulares podemos realizar actividades económicas bajo las reglas que el mercado haya establecido, así como la regulación que se establezca.

A nuestra consideración, las controversias que involucran fondos públicos no deberían de ser administradas por instituciones que no cuenten con un respaldo orgánico. En otras palabras, los Centros de Conciliación deberían estar adscritos dentro del organigrama de una universidad, cámara de comercio, gremios profesionales, entre otros con similares características. La finalidad no es generar una limitación

de acceso al mercado a los particulares, sino que está relacionada en tener un órgano que respalde las acciones que se realizan dentro de sus instalaciones, que no sean simples particulares.

El tener una institución como respaldo de un centro de conciliación tiene dos ventajas a nuestra consideración: perduración en el tiempo y asunción de responsabilidad. Respecto de la primera, no es usual que se creen centros con una duración corta, sino que, por el contrario, éstos buscan perdurar en el tiempo. Con ello se tiene un lugar que, a lo largo el tiempo, pueda administrar diferentes controversias. El tener una perduración en el tiempo ayuda a que los procesos puedan mejorar a partir de la experiencia que se genere. El hecho de encontrarse relacionado con la administración de arbitrajes también genera un respaldo para que se pueda cruzar información que permita un mejor análisis de las controversias del Estado.

El segundo elemento se relaciona con la asunción de responsabilidad de las instituciones. El tener organismos que respalden los trabajos que se realizan en los centros de conciliación favorece a que la calidad del producto que se entregue sea ideal puesto que existe una constante fiscalización hacia el trabajo que se realiza. En ese sentido, la responsabilidad por algún error o deficiencia en el proceso podrá ser reconocido por la institución no quedando a la deriva los resultados de las conciliaciones.

Sobre este segundo punto, el tener un respaldo institucional por parte de algún organismo permite que la asunción de responsabilidad no sólo sea dirigida hacia la persona que realizó de forma deficiente el servicio de conciliación, sino ante una entidad que, seguramente, va a buscar corregir las deficiencias que se presentaron con la finalidad de no perder a sus clientes. Asimismo, la reputación que se le reconoce a estas instituciones puede favorecer a que el servicio de conciliación que brinde represente uno de mayor calidad puesto que buscan ser atractivos para el mercado.

6. FISCALIZACIÓN DIRECTA

Otro aspecto importante que trae el realizar una conciliación en una institución radica en que existe una fiscalización directa de forma interna y externa de los servicios.

La fiscalización directa será realizada por los ejecutivos y órganos internos de la propia institución puesto que velarán porque el servicio se brinde de la mejor manera posible. Por otro lado, el representar a una institución permite que el contacto entre las entidades públicas y las personas que brindan el servicio sea más directo, por lo que la fiscalización que se pueda ejercer hacia estos órganos puede coadyuvar que se tengan índices de resultados a partir de la satisfacción que se tuvo por el proceso.

Dentro de todo proceso es importante que se reconozcan las posibles deficiencias que se pueden presentar a partir de la forma como se lleva una conciliación y éstas puedan ser canalizadas por el centro respectivo para su mejora. Las acciones que son realizadas por los conciliadores deben ser objeto de fiscalización para su mejora. No podemos encontrarnos en una sociedad donde no se aprovechen las oportunidades de mejora a partir de las experiencias que se tengan.

Los centros de conciliación deben entender que las entidades públicas son un cliente que viene con especiales intereses a la hora de buscar una conciliación. Con esto no queremos decir que los conciliadores deberían ser unos defensores de los intereses del Estado, por el contrario, consideramos que los intereses del Estado son defendidos de una forma correcta cuando se aprecia de forma objetiva y justa la controversia que se busca conciliar. Asimismo, esto se cumple cuando el conciliador trabaja de forma independiente e imparcial hacia las partes y la controversia.

Lamentablemente, en nuestro país tenemos una óptica que nos hace considerar que cualquier desembolso que realice el Estado, en la medida que esto represente un acuerdo con un privado, representa un acto que perjudica sus intereses. Esta postura no puede ser acogida puesto que parte de la premisa que el Estado no se equivoca en algún momento de la relación jurídica que tiene con un privado. No vivimos en un mundo ideal, por lo que en el *iter* contractual se pueden presentar ciertas situaciones que varían de forma considerable las condiciones que habían sido establecidas inicialmente por las partes en sus contratos.

En este subcapítulo nos estamos refiriendo a una fiscalización directa, por lo que lo señalado en el párrafo anterior sirve para presentar que si un centro de conciliación emitiera informes sobre los acuerdos a los que ha llegado el Estado, las oficinas de control interno o la Contraloría General de la República podría fiscalizar no sólo el resultado del proceso conciliatorio, sino también cómo fue que se llevó el proceso. Asimismo, se podría analizar si es que, efectivamente, las entidades del Estado están analizando de forma correcta el inciso de la Ley y el Reglamento que establece que no se debe proseguir la vía arbitral cuando se aprecia que razonablemente no será acogida.

Usualmente, las fiscalizaciones que se realizan se encuentran directamente relacionadas con el resultado que se obtiene del proceso; sin embargo, nosotros consideramos que el análisis debería estar dirigido a conocer todo el procedimiento, así como las acciones que fueron realizadas por el Estado. Cómo se puede evaluar el comportamiento del Estado para arribar a una conciliación si es que no se tiene información de éste.

Debido a la carga que tiene una entidad pública, solicitar que realice este tipo de tareas puede resultar siendo complicado y tendrá, únicamente, una postura sesgada ya que sólo analizará la información que ella posee. Sobre lo último, consideramos que el realizar un examen únicamente sobre las conciliaciones que tiene una entidad del Estado no permite entender el problema de forma sistemática, ya que no se

están analizando los resultados de todas las entidades públicas. A modo de ejemplo, el Programa Subsectorial de Irrigaciones del Ministerio de Agricultura y Riego puede tener una forma de llevar sus conciliaciones que difiere de lo que realiza el Proyecto Especial de Infraestructura y Transporte Nacional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el cual también puede diferir del Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima.

Analizar los datos que cada uno presenta de forma separada no permite un análisis integral de la problemática que se pueden generar en la ejecución de los contratos con el Estado ni de los resultados que se generan en los procesos conciliatorios. Las entidades públicas deberían tener la posibilidad de ejercer una fiscalización hacia la labor que realizan las procuradurías públicas o sus dependencias legales de forma comparativa. Con esto queremos señalar que se deben analizar estos resultados a la luz de otros resultados que pueda tener otra entidad pública, con la finalidad de mejorar los procesos conciliatorios.

En nuestro país, tenemos muy concientizado que ceder parte de nuestros intereses es una pérdida; sin embargo, dependiendo del contexto en el cual se genera esta disyuntiva, se puede elegir esta opción. A modo de ejemplo, en un contrato con el Estado respecto a la construcción de una obra, la principal finalidad que se debería tener es el tener la obra en perfectas condiciones, por lo que se debe coadyuvar a ese resultado. En la ejecución del contrato se deben considerar que existen elementos que pueden afectar la relación jurídica entre las partes, algunas con cierta responsabilidad de ellas. Sin embargo, si es que el proceso conciliatorio puede traer beneficios para esa correcta ejecución, debería preferirse por ello.

7. CAPACITACIÓN DE LOS CONCILIADORES

Un elemento adicional que debe ser incorporado para administrar las controversias con el Estado es que los centros de conciliación deben garantizar la capacitación de los conciliadores. En este aspecto consideramos que todo conciliador debería tener conocimiento acreditado en contrataciones con el Estado y derecho administrativo. La finalidad no es otra que garantizar que la persona que llevará el proceso conciliatorio conozca las materias sobre las cuales están discutiendo las partes.

En los casos que se tenga una institución que respalde los procesos conciliatorios se podrá fiscalizar si es que se cumple con capacitar a los conciliadores. Los conciliadores también, como inicialmente se pensó para los secretarios arbitrales, deberían tener su registro nacional, así como se ha establecido para los árbitros. La finalidad no es otra que identificar quiénes cumplen con los requisitos para ser conciliadores.

En las controversias con el Estado consideramos que resulta primordial que la persona que pueda solucionar un conflicto tenga la especialización necesaria para llevar a cabo el proceso de forma correcta. No consideramos que esto resulte una barrera de acceso hacia los conciliadores actuales, puesto que lo único que deberán realizar es especializarse en esas materias para proseguir en sus servicios. Tendremos personas más especializadas y, en consecuencia, la probabilidad de tener mejores procesos conciliatorios.

Habiendo analizado los elementos que consideramos importantes para un centro de conciliación en controversias bajo la Ley de Contrataciones del Estado debemos volver sobre el segundo punto importante de la institucionalización de estos procedimientos, el cual tiene relación con la reacción de los particulares frente a las inversiones que realizan en nuestro país.

Las inversiones más importantes que son realizadas en nuestro país provienen de parte de los privados para obtener un rédito económico. Si es que las acciones de las entidades del Estado se encuentran relacionadas a prescindir de los intereses que estas personas posean, no se van a poder establecer relaciones bilaterales de cooperación. El demostrar que, pese a que se cumplan ciertos requisitos y las exigencias del mercado lo ameriten, no se opta por tener una política conciliatoria más efectiva por parte de las entidades públicas, así como centros de conciliación más especializados, involucra que los privados vean con cierta incertidumbre las inversiones que realicen en nuestro país.

Según nuestra postura, el fortalecimiento de los procesos conciliatorios debe empezar por un fortalecimiento de las instituciones que los administran, así como el establecimiento de una política clara de parte de las entidades públicas, la cual pueda ser advertida por los particulares que tienen contratos con el Estado.

8. CONCLUSIONES

- El Estado debe entender que, en materia conciliatoria: (i) se valoriza el tiempo que se ahorrará en la vía arbitral; (ii) se ceden ciertos intereses que pueden parecer legítimos para una parte; (iii) se analiza la posibilidad de éxito en la vía arbitral; y (iv) se analiza la repercusión de un proceso arbitral en la ejecución del contrato.
- No es lo mismo una conciliación durante la ejecución de una obra que una conciliación a raíz de la resolución de un contrato o la liquidación de éste a partir del análisis del cuarto punto señalado en el párrafo anterior, por lo que debe ser analizado a partir de los intereses que buscan las partes para poner fin a la controversia.

- La conciliación no debe de ser obligatoria entre las partes debido a las dificultades que representa su ejecución por parte de las procuradurías públicas o las dependencias legales que hacen sus veces. Se debe establecer de forma facultativa en las cláusulas de solución de controversia la posibilidad de acudir o no a esa vía.
- Los convenios arbitrales que establecen cláusulas escalonadas (primero ir a una conciliación para luego poder acceder a la vía arbitral) deberían ser establecidas en instituciones que tienen una libertad mayor para llegar a acuerdos conciliatorios.
- Debería existir un incentivo hacia las procuradurías públicas para llegar a conciliaciones que resulten beneficiosas a los intereses del Estado, tomando en consideración el tiempo que se despliega en acudir a la vía arbitral.
- Debería existir un principio de confianza hacia la labor que ejercen las procuradurías públicas en materia conciliatoria, buscando que éstas no necesiten tantas aprobaciones para llegar a acuerdos con los privados.
- Los centros de conciliación ante los cuales se someten las controversias del Estado deberían ser acreditados por un órgano encargado (ej.: el OSCE) con la finalidad de que se cuente con un respaldo institucional especializado en materia de contrataciones con el Estado.
- Se debería exigir que, al igual que para ser árbitro, el conciliador en materia de contrataciones con el Estado deba tener una acreditación respecto de sus conocimientos en estas materias y se cuente con un registro de las personas habilitadas.
- Los privados deben entender la problemática que se tiene dentro de las entidades públicas para llegar a acuerdos conciliato-

rios, por lo que las propuestas que se lleven ante los centros de conciliación deben ser atractivas para el Estado sin perjudicar los intereses que defienden.

- A partir de la realidad que se tiene en nuestro país se debería sincerar cuáles son las materias sobre las que se debería permitir la conciliación y cuáles, debido a su complejidad técnica, no.
- Debería existir un estudio dentro de cada entidad en la cual se refleje cuándo sus posturas son acogidas en la vía arbitral con la finalidad de que, a partir de las cifras que se posea, se busque conciliar en las materias donde los árbitros no han declarado fundados los planteamientos que se han defendido por las respectivas procuradurías en la vía arbitral.

JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN EL MARCO DE LA OBRA PÚBLICA EN EL PERÚ

*Gustavo Paredes Carbajal**

1. PRESENTACIÓN

Siempre la tarea más difícil de emprender en cualquier actividad es el inicio, el arranque, el romper la inercia y es lo que cotidianamente nos obliga a pensar en forma disruptiva como ejercicio vital para el cambio constante.

Contribuir con este manual fue un nuevo reto de pensar distinto, de proponer una forma diferente de abordar este tema del que se ha escrito y dicho mucho. Para esto, siempre contar con profesionales brillantes ha sido la mejor manera de renovar el compromiso de continuar escribiendo. El apoyo invaluable de Leandro García, futuro brillante abogado del equipo de disputas que lidero y persona de excelencia, despierta mi vocación docente aún presente y mi profunda gratitud por colaborar con la sistematización de la información que en esta ocasión presento.

* Socio de NPG Abogados. Especialista en derecho de la construcción, contratación estatal y resolución de disputas. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, y de las Escuelas de Post Grado de la Universidad del Pacífico y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción. Fundador de la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción. Miembro de la Dispute Resolution Board Foundation y del Comité de Proyectos de la IBA.

Hay tres puntos que el lector deberá tener muy en cuenta para lograr una idea concluyente de cómo funciona la Junta de Resolución de Disputas (en adelante, JRD) en el contexto de la contratación de obra pública:

1. La norma de contratación pública regula dos elementos estructurales para que la JRD funcione y bien: (i) efecto vinculante de las decisiones de la JRD (artículo 45 de la LCE;¹ y artículos 205.4, 212.1, 212.2 y 212.4 del Reglamento)²; y, (ii) la condición de arbitrabilidad de las decisiones de la JRD (artículos 184.6 y 213.1 del Reglamento).
2. La norma establece límites competenciales al funcionamiento de las JRD: (i) límite temporal (artículo 205.2 del Reglamento); (ii) límite cualitativo o material (artículo 205.3 del Reglamento); (iii) límite cuantitativo (artículo 205.4 del Reglamento); y, (iv) límite constitutivo (artículo 205.5 del Reglamento).
3. La norma no crea una primera ni segunda instancia en la solución del conflicto, aunque yerra en ciertas precisiones normativas (artículos 213 y 213.3 del Reglamento). El arbitraje sigue siendo instancia jurisdiccional única. Lo que se somete al arbitraje es la controversia que subsiste y no la decisión de la JRD (artículo 212.5 del Reglamento).

Estos tres puntos son esenciales y vitales para reconocer a este método como un elemento inserto en un sistema de gestión conflictual convencional regulado por el Estado.

¹ Ley de Contrataciones del Estado, Ley n.º 30225, modificada mediante Decreto Legislativo n.º 1341.

² Decreto Supremo n.º 340-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo n.º 056-2017-EF.

2. FUENTE NORMATIVA DE LA JRD PARA LA EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA

La actual fuente regulatoria de la JRD aplicada a la ejecución de obra pública se encuentra en la LCE, el Reglamento y la Directiva n.º 020-2016-OSCE/CD (en adelante, la Directiva).

Dentro de esta fuente, la JRD se sostiene en la obligación que tienen los contratos estatales de incluir cláusulas que regulen mecanismos de solución de conflictos. El artículo 32.3 de la LCE indica que: «32.3 Los contratos regulados por la presente norma incluyen necesariamente y bajo responsabilidad las cláusulas referidas a: a) garantías, b) anticorrupción, c) solución de controversias y d) resolución de contrato por incumplimiento, conforme a lo previsto en el Reglamento».

Sin embargo, el único mecanismo obligatorio en el marco del literal c) del artículo 32.3 no es la JRD, sino el arbitraje. Sin perjuicio de ello, es posible que las partes pacten, además de la cláusula arbitral una en donde resuelvan sus conflictos de los contratos de obra a través de la JRD, como lo señala el segundo párrafo del artículo 45.1 de la LCE, al indicar que: «Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras [...]».

Como se aprecia, es claro que, a diferencia del arbitraje, la elección de la JRD es potestativa para las partes y únicamente prevista a los contratos de obra. La expresión de esta voluntad puede darse en dos momentos³:

- (i) Desde que un postor participa en un proceso de licitación, el cual incluye en sus bases (proforma del contrato) una cláusula de JRD.
- (ii) En fecha posterior a la celebración del contrato a través de una adenda hasta antes del inicio de la ejecución de la obra.

³ Numeral 6.1 de la Directiva.

La discusión si la inclusión de la JRD en los contratos debe ser obligatoria, al igual que el arbitraje, poco trasciende para el propósito de este manual. En la práctica, esta discusión retomará interés en tanto los resultados en el tiempo muestren sus ventajas y beneficios, pero ello sólo debe ir de la mano de un plan de capacitación general a todas las entidades con el objetivo de no contaminar la JRD con prácticas ritualistas y ajenas a su finalidad.

3. TIPOS DE JRD

3.1. *Por su administración*

Existen, básicamente, dos modalidades, la JRD permanente y la JRD *ad hoc*, las cuales es preciso delinear para luego ver la opción elegida por la norma peruana.

3.1.1. *JRD permanente*⁴

Se caracteriza por estar constituido desde el mismo momento en que se firma el contrato y continúa en sus funciones hasta que éste finalice. Si bien esta modalidad puede suponer un incremento en el presupuesto del proyecto, presenta al mismo tiempo muchas ventajas que agregan eficiencia a la ejecución del proyecto.

Una primera ventaja es la rapidez, porque permite una actuación inmediata ante cualquier reclamo que pueda plantearse. La segunda ventaja es que la JRD puede actuar como un órgano consultivo. Esta función es relevante porque disuade la aparición de un potencial con-

⁴ Cfr. GRAY, Jaime y PAREDES, Gustavo. *El modelo de resolución de disputas FIDIC (libro rojo) como alternativa eficiente al actual diseño de solución de conflictos en los proyectos de infraestructura pública en el Perú*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2015, pp. 60-62.

flicto entre las partes. Por esta razón tiene un importante efecto preventivo de la disputa.

Esto significa que las partes pueden solicitar, de común acuerdo, a la JRD una opinión sobre cualquier asunto relacionado con el contrato que potencialmente pueda generar un reclamo. De este modo, se puede evitar una posible futura controversia (efecto preventivo) si las partes conocen la opinión previa de la JRD respecto un punto técnico o contractual específico.

No está demás precisar, que la función consultiva no puede ser solicitada de forma independiente por cualquiera de las partes, sino que tendrán que acudir de manera conjunta. La doctrina ha puesto de relieve la enorme trascendencia de esta función de la JRD desde el punto de vista práctico,⁵ al permitir conocer anteladamente la posición de la JRD ante la solución de un desacuerdo que pueda surgir, antes de convertirse en un verdadero conflicto.

El hecho de que la JRD esté constituida de forma permanente y mantenga una comunicación fluida con las partes evita la sensación de confrontación entre ellas, lo cual es importante como técnica de prevención de conflictos. Fomentar la confianza facilita la gestión del proyecto.

3.1.2. *JRD ad hoc*

A diferencia de la JRD permanente, la *ad hoc* se constituye una vez surgido el conflicto y, una vez resuelto, se disolverá al instante, al perder su razón de ser. Sin duda, supone una reducción de los costos para las partes, ya que tan sólo se crea si existe una controversia real entre ellas.

⁵ SEPPÄLÄ, Christopher. «FIDIC's new standard forms of contract- force majeure, claims, dispute and other clauses». *International Construction Law Review*. United Kingdom, HH Lloyd QC & Douglas S. Jones, 2014, p. 252.

Sepälä señala que esta modalidad presenta una indudable ventaja frente a la JRD permanente y es la de poder elegir a expertos conocedores de la concreta cuestión en conflicto, ya que se nombran una vez éste se ha planteado.⁶ Sin embargo, en esta modalidad los miembros de la JRD *ad hoc* no podrán ejercer la función consultiva a efectos de evitar la aparición de conflictos (y aun si lo intentaran hacer a pedido de las partes, la JRD *ad hoc* no cuenta con el mismo nivel de información y familiarización del proyecto que una JRD permanente. En esta modalidad, los adjudicadores no están familiarizados con el proyecto dado que se constituye con el surgimiento de la disputa y, por lo tanto, el nivel de información para la decisión final será distinto al obtenido por la JRD permanente.

La normativa de contratación pública ha optado por regular sólo la JRD permanente en vista que, como explica la exposición de motivos de la LCE, agrega valor a la gestión contractual y del conflicto del proyecto, ya que desde el inicio de la ejecución de la obra despliega sus facultades preventivas y resolutorias.⁷ Esta elección normativa se explica luego de ponderar las ventajas y desventajas que muestran las dos modalidades básicas descritas al inicio de este acápite.

3.2. Por su fuerza vinculante

Existen tres modalidades básicas en el contexto internacional (sin ser las únicas) con relación a los *dispute boards* que se deben referir para luego apreciar nuevamente la elección de la norma peruana:

- (i) Junta Revisora de Disputas (*Dispute Board Review*). En este caso la junta actúa como un método preventivo de conflictos, puesto que asiste informalmente y absuelve las consultas de las partes emitiendo recomendaciones, las cuales son acatadas

⁶ *Idem*, p. 250.

⁷ Cfr. Exposición de motivos de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, p. 39.

voluntariamente. Sin embargo, el carácter no vinculante de la recomendación se mantendrá en tanto alguna de las partes manifieste su disconformidad en un plazo determinado; de lo contrario dicha recomendación será obligatoria.

- (ii) Junta Decisoria de Disputas (*Dispute Board Adjudication*). La junta emite decisiones de carácter vinculante, es decir, las partes se encuentran obligadas a ejecutarlas desde su notificación.
- (iii) Junta Combinada de Disputas (*Combined Dispute Board*). Este tipo de junta híbrida tiene la facultad de emitir recomendaciones o resolver un conflicto a través de una decisión. La especificación respecto qué temas contractuales o técnicos serán pasible de recomendación o decisión será definido por las partes o por los propios adjudicadores.

Nuestra legislación ha optado por regular la Junta Decisoria de Disputas en el segundo párrafo del artículo 45.1 de la LCE al indicar que «sus decisiones son vinculantes»; y en el numeral 1 del artículo 208 del Reglamento al señalar que la JRD debe cumplir con «[e]mitir decisiones vinculantes».

Sin perjuicio de ello, el numeral 2 del artículo 208 del Reglamento refiere que, además, la JRD debe cumplir con «[a]bsolver consultas planteadas por las partes respecto de algún aspecto contractual y/o técnico, las cuales previamente deben ser consultadas al supervisor de la obra y al proyectista, según corresponda». En otras palabras, la JRD es de carácter permanente para el ejercicio de esta función consultiva.

Tanto es así que las partes podrán someter a decisión de la JRD las cuestiones absueltas mediante consulta, sin que las opiniones expresadas en ella vinculen a la JRD.⁸ Sin embargo, con el objetivo de optimizar la legitimidad técnica de los adjudicadores se considera que

⁸ Cuarto párrafo del numeral 7.6 de la Directiva.

deben fundamentar las razones por las cuales cambiaron de parecer en su decisión. Por ejemplo, si tuvieron acceso a nueva documentación o si la metodología utilizada en la decisión tiene un mayor nivel de confiabilidad que la aplicada en la consulta, entre otras razones.

4. SOBRE LA INSTITUCIÓN PRIVADA DESIGNADA PARA ORGANIZAR Y ADMINISTRAR UNA JRD (CENTRO)

4.1. *Requisitos del centro*⁹

Las partes podrán designar a cualquier centro la organización y administración de la JRD, siempre que cumpla con los siguientes requisitos:

- (i) Tener cuatro años de experiencia actuando como institución arbitral.
- (ii) Contar con un Código de Ética propio aplicable para miembros de la JRD, el cual debe contener como mínimo los mismos supuestos de infracción establecidos en el artículo 216 del Reglamento para los árbitros.¹⁰
- (iii) Llevar un registro de adjudicadores nacionales y/o internacionales. Dicho listado debe ser difundido, conjuntamente con las especialidades y experiencia de los citados expertos, para conocimiento del público al menos a través de su página web.
- (iv) Estar constituido como persona jurídica, con o sin fines de lucro.

⁹ Numeral 7.1 de la Directiva.

¹⁰ El artículo indicado regula los supuestos de infracción sancionable por el Consejo de Ética, en caso el adjudicador vulnere alguno de los siguientes principios: independencia, imparcialidad, transparencia y debida conducta procedimental.

- (v) Poseer un tarifario de honorarios de los miembros de la JRD y de sus gastos administrativos, los que deben ser difundidos para conocimiento público al menos a través de su página web.
- (vi) Contar con un plantel de profesionales que brinde soporte y asistencia a la JRD.
- (vii) Poseer como infraestructura mínima una sala de audiencias, una oficina para el plantel de profesionales, un ambiente para la atención al público y usuarios, un ambiente para el archivo de documentos y expedientes, así como contar con una página web y correo electrónico institucional en funcionamiento.

La designación del centro debe ser indubitable y de común acuerdo entre las partes. A falta de acuerdo, las partes no pueden someter sus controversias a la JRD.¹¹

Con la elección del centro, la norma busca darle garantías de gestión institucional y soporte en la administración de la JRD que evite pérdida de control de información y, más importante aún, dotar de transparencia a la gestión del conflicto.

4.2. Funciones del centro¹²

El Centro cumple las siguientes funciones:¹³

- (i) Tener un registro de miembros de la JRD.
- (ii) Designar a los miembros de la JRD en reemplazo de las partes, en los supuestos que explicaremos más adelante.

¹¹ Tercer párrafo del artículo 206 del Reglamento.

¹² Numeral 7.2 de la Directiva.

¹³ Segundo párrafo del artículo 206 del Reglamento.

- (iii) Resolver las eventuales recusaciones de miembros de la JRD.
- (iv) Supervisar el cumplimiento de los principios éticos por parte de los miembros mediante la aplicación de la LCE, el Reglamento y la Directiva.
- (v) Informar al OSCE sobre las sanciones éticas que impongan a los miembros de las JRD.
- (vi) Proporcionar apoyo logístico a la JRD y a las partes.

Asimismo, el centro es responsable de custodiar el expediente que contenga las actuaciones de la JRD por un plazo de diez años desde la culminación de las funciones de la JRD. El centro puede encargar al OSCE, o a otra institución que ésta autorice, la custodia del expediente luego de transcurrido el plazo mínimo de un año desde la fecha de culminación de las funciones de la JRD, debiendo el expediente ser micrograbado, con valor legal, bajo las condiciones previstas en el Decreto Legislativo n.º 681.¹⁴⁻¹⁵

El centro debe remitir al OSCE la información que le requiera, en los plazos y condiciones que se establezcan. Sin perjuicio de ello, debe remitir trimestralmente la siguiente información:

- (i) Copia de las resoluciones emitidas por sus respectivos órganos mediante las cuales se revuelven recusaciones planteadas contra los miembros de la JRD.
- (ii) Decisiones emitidas por la JRD.

¹⁴ Decreto legislativo que regula sobre el uso de tecnologías de avanzada en materia de archivos de empresas.

¹⁵ Artículo 199 del Reglamento.

- (iii) Copia de los documentos en los que consten las decisiones o resoluciones que imponen sanciones a miembros de la JRD por infracción al Código de Ética del centro respectivo.
- (iv) Un reporte de casos iniciados y concluidos por las JRD, con indicación de la materia controvertida, nombre de las partes, representantes legales, asesores o abogados, miembros de la JRD y profesionales del centro a cargo del caso, así como el motivo de conclusión de la JRD.

Esta información se remite en copia simple o de cualquiera otra forma que el OSCE estime pertinente y será difundida para conocimiento público a través de su portal web.

4.3. Gastos administrativos del centro

El centro fija los gastos administrativos por los servicios que preste conforme a las tarifas que establezca en su respectivo reglamento.

5. CONTROVERSIAS SUSCEPTIBLES DE SOMETERSE A LA JRD

La finalidad de la JRD radica en que las partes logren prevenir y/o resolver eficientemente las controversias que surjan desde el inicio del plazo de ejecución de la obra¹⁶ hasta su recepción total.¹⁷ En otras palabras, se busca la eficiencia y maximizar los recursos públicos, en concordancia

¹⁶ Resulta válido preguntarse por qué la norma de contratación pública ha circunscrito el uso de la JRD únicamente a los contratos de obra y no a otros como, por ejemplo, la prestación de servicios o el suministro. Al respecto, Velazco, citado por Sipán, refiere que la razón radica en la complejidad y a la envergadura de los proyectos de infraestructura. Cfr. SIPÁN, Miguel. *Eficacia de la Junta de Resolución de Disputas en el sistema de solución de conflictos de las contrataciones del Estado*. Tesis. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, p. 10.

¹⁷ Artículo 205.1 del Reglamento.

con el enfoque de gestión por resultados.¹⁸

No obstante, existen limitaciones cualitativas y cuantitativas respecto a las controversias que pueden someterse al alcance de la JRD.

5.1. Exclusión cuantitativa

El Reglamento señala que las partes pueden recurrir a la JRD en los contratos de obras, de acuerdo a su valor referencial.¹⁹ No obstante, respecto al monto mínimo de los contratos requerido para la incorporación de la cláusula de JRD existió originalmente una regulación diferente a la actual, la cual explicaremos a continuación.

Originalmente, el Reglamento (vigente desde el 9 de enero de 2016) indicó en el cuarto párrafo del artículo 205 lo siguiente:

Las partes pueden pactar hasta antes del inicio de la ejecución de la obra, una cláusula de solución de disputas a cargo de una Junta de Resolución de Disputas en *aquellos contratos de ejecución de obra cuyos montos sean superiores a veinte millones de nuevos soles (S/. 20'000,000.00)*, siendo sus decisiones vinculantes para las partes. (Énfasis agregado).

En esa misma línea, la Directiva (vigente desde el 27 de febrero de 2016) señaló en el punto 6.1 lo siguiente:

6.1. Las partes pueden pactar en el contrato de obra o hasta antes del inicio de la ejecución de obra una cláusula de solución de

¹⁸ Ello en concordancia con el artículo 1 de la LCE, el cual indica que «La presente Ley tiene por finalidad establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras de tal manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos».

¹⁹ Artículo 45 de la LCE.

disputas a cargo de una JRD en *aquellos contratos cuyos montos sean iguales o superiores a veinte millones de soles*, debiendo designar al centro a cargo de su administración. (Énfasis agregado).

Sin embargo, el cuarto párrafo del artículo 205 fue modificado por el artículo 205.4 del Decreto Supremo n.º 056-2017-EF, el cual entró en vigencia el 3 de abril de 2017, refiriendo:

205.4. Las partes pueden pactar hasta antes del inicio de la ejecución de la obra, una cláusula de solución de disputas a cargo de una Junta de Resolución de Disputas en *aquellos contratos de ejecución de obra cuyos montos sean superiores a cinco millones de soles (S/ 5'000,000.00)*, siendo sus decisiones vinculantes para las partes. (Énfasis agregado)

En ese contexto, el artículo 205.4 del Reglamento modificado será la regla aplicable para determinar cuál es el monto mínimo requerido para pactar una cláusula de JRD. Para definir cualquier discusión al respecto, la aplicación de la prelación normativa regulada en el artículo 208 del Reglamento es muy clara:

Los procedimientos de la Junta de Resolución de Disputas serán regidos por la Ley, el presente Reglamento, las directivas que emita OSCE, el contrato tripartito celebrado entre los miembros de la Junta y las partes, las disposiciones que emita la Junta de Resolución de Disputas y supletoriamente por las directivas y reglamentos del Centro, en dicho orden de prelación.

Debido a que la discusión sobre la restricción cuantitativa es un aspecto procedimental, prevalece el Reglamento sobre la Directiva, es decir, las partes podrán someter sus controversias a la JRD si el contrato asciende a un monto superior a S/ 5'000,000.00 (cinco millones de soles con 00/100 soles), y se entiende modificada la Directiva tácitamente en ese extremo.

5.2. *Exclusiones cualitativas*

Tanto la LCE como el Reglamento han establecido exclusiones expresas respecto a qué tipo de materias se encuentran ajenas al ámbito de aplicación de la JRD, siendo éstas la que detallamos a continuación.

En primer lugar, el Reglamento señala que las partes podrán resolver mediante JRD las controversias que surjan en la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato.²⁰ No obstante, en caso de resolución, la JRD será competente para conocer y decidir las controversias hasta que la entidad reciba la obra.²¹

Al respecto, la ventaja competitiva de la JRD frente a otros métodos de solución de conflictos radica en el respaldo eminentemente técnico de sus miembros, por lo que tendrán una participación relevante en el análisis de controversias originadas en la ejecución, interpretación y resolución del contrato de obra.

Por ejemplo, durante la ejecución de la obra la JRD podrá analizar las discrepancias respecto la formulación, aprobación o valorizaciones de los metrados.²² Para tal fin, la JRD tendrá que interpretar el contrato²³ y verificar cuál de las partes tiene legitimidad en su reclamo. En otro supuesto, la JRD podrá comprobar si el contratista ha superado el monto máximo de las penalidades para reconocer la legitimidad de la

²⁰ Artículo 182.1 del Reglamento.

²¹ Artículo 205.2 del Reglamento.

²² Artículo 168 del Reglamento.

²³ A modo de aclaración, la interpretación de una cláusula contractual no es una labor exclusiva de los abogados, ya que administración de los proyectos de construcción, frecuentemente, está en manos de un ingeniero civil, quien tiene la obligación de tener dominio del contenido del contrato y de todas sus obligaciones. Por lo que, en más de una ocasión se verá obligado a interpretar el contrato con el objetivo de adoptar una posición frente a su contraparte (contratista, proyectista, etcétera), ya sea absolviendo una incertidumbre o enfrentando un conflicto derivado del contenido del contrato.

resolución invocada por la entidad.²⁴ En tal sentido, resulta pertinente la regulación del Reglamento en ese extremo.

Sin embargo, en el caso de las controversias vinculadas a la inexistencia,²⁵ la ineficacia (funcional) y la invalidez (ineficacia estructural), el papel de la JRD no tendrá la misma relevancia que en los casos anteriores en tanto estos conceptos son de naturaleza eminentemente jurídica.

En segundo lugar, el Reglamento señala que no podrán someterse a la JRD pretensiones de carácter indemnizatorio por conceptos no previstos en la normativa de contratación pública.

En tercer lugar, la LCE indica que la decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República referida a la aprobación o no por la ejecución de prestaciones adicionales no podrá ser discutida en la JRD. Tampoco aquellas pretensiones vinculadas al enriquecimiento sin causa, pago de indemnizaciones o cualquiera 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.²⁶

Respecto los dos últimos puntos, son justamente la fuente de la mayor cantidad de conflictos a raíz de los incumplimientos de algunas de las partes durante ejecución de la obra, contradiciendo el objetivo de la JRD: procurar la continuidad del proyecto.

Por citar un caso, si la JRD corrobora que un contratista realizó una aceleración constructiva²⁷ como consecuencia de la no aprobación de

²⁴ Artículo 135.2 del Reglamento.

²⁵ Artículo 1359 del Código Civil: «No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas las estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria».

²⁶ Párrafo 3 del Artículo 45.1 de la LCE.

²⁷ Según la AACE International Recommended Practice n.º 29R-03 los requisitos de la aceleración constructiva son: (i) derecho del contratista a un retraso excusable; (ii) el contratista solicita y establece el derecho a una extensión de tiempo; (iii)

una ampliación plazo legítima y, por ende, verifica que se vio obligado a ejecutar mayores trabajos (variaciones), la JRD no podría resolver la aprobación de dichas prestaciones adicionales a raíz de la ilógica restricción de la LCE. En ese escenario, el contratista estaría condenado a recurrir a la vía judicial.

En cuarto lugar, otra evidencia de la regulación deficiente de la JRD se materializa cuando tácitamente el Reglamento excluye de su análisis las controversias relativas a la liquidación de la obra, debido a que la JRD sólo es competente para conocer y decidir las controversias que surjan hasta que la entidad reciba la obra.

A modo de síntesis, el siguiente cuadro clarifica sólo aquellas materias susceptibles de discusión ante la JRD, así como sus restricciones:

el propietario no otorga una extensión de tiempo oportuno; (iv) orden implícita del propietario para completar más rápidamente; (v) aviso de aceleración del contratista; (vi) prueba de daños.

Materias susceptibles de discusión		Exclusiones
Ejecución	Cumplimiento de las condiciones para el inicio de plazo de ejecución de la obra (artículo 152 del Reglamento).	Liquidación de la obra (artículo 179 del Reglamento).
	Idoneidad de las modificaciones que ordene y apruebe la entidad en los proyectos, estudios, informes o similares o de aquellos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución (artículo 123 del Reglamento).	Aprobación de adicionales o cualquier pretensión que tenga como objetivo dicha aprobación. Indemnización o enriquecimiento sin causa (artículo 45.1 de la LCE).
	Verificación de eventos justificantes de la suspensión del plazo de ejecución (artículo 153 del Reglamento).	
	Procedencia de los mayores gastos generales variables a raíz de la suspensión del plazo (artículo 153 del Reglamento).	
	Porcentaje máximo para la subcontratación (artículo 124 del Reglamento).	
	Correcta ejecución de las garantías (artículo 131 del Reglamento).	
	Aplicación de penalidades (artículo 132 del Reglamento).	
	Cuantificación del monto máximo de penalidades (artículo 132 del Reglamento).	
	Cálculo de la penalidad por mora (artículo 133 del Reglamento).	
	Cumplimiento de los requisitos para modificar convencionalmente el contrato (artículo 142 del Reglamento).	
Cálculo de la cuantía del adelanto directo (artículo 148 del Reglamento).		

Ejecución	Cálculo de la amortización del adelanto directo (artículo 158 del Reglamento).	
	Cumplimiento de la presencia del inspector o supervisor de obra (artículo 159 del Reglamento).	
	Ejercicio debido de las funciones del inspector o supervisor (artículo 160 del Reglamento).	
	Obligación del contratista de ejecutar el contrato con el personal ofertado (artículo 162 del Reglamento).	
	Libre acceso y disponibilidad del cuaderno de obra (artículo 163 del Reglamento).	
	Cumplimiento del procedimiento de consulta de ocurrencia y respuesta mediante el cuaderno de obra (artículo 165 del Reglamento).	
	Cálculo del reajuste (artículo 167 del Reglamento).	
	Discrepancia respecto valorización que representa un monto igual o superior al 5% (artículo 168 del Reglamento).	Discrepancia respecto valorización que representa un monto menor al 5%.
	Procedencia de ampliaciones de plazo (artículo 169 del Reglamento).	
	Cumplimiento del procedimiento de ampliación de plazo (artículo 170 del Reglamento).	
	Procedencia del pago de mayores costos directos y gastos generales variables, directamente vinculados a la ampliación de plazo (artículo 171-A del Reglamento).	
	Cálculo de los mayores costos directos y gastos generales variables vinculados a la ampliación de plazo (artículo 172 del Reglamento).	
	Verificación si la demora es o no injustificada (artículo 173 del Reglamento).	

Ejecución	Sustento de la intervención económica de la obra (artículo 174 del Reglamento).	
	Cuestionamiento al cálculo del pago por las prestaciones adicionales de obras menores o iguales al 15% ordenadas por la entidad (artículo 175 del Reglamento).	
	Cuestionamiento al cálculo del pago por las prestaciones adicionales de obras mayores al 15% ordenadas por la entidad (artículo 176 del Reglamento).	
	Recepción y conformidad de obra. Levantamiento de observaciones (artículo 178 del Reglamento).	
Nulidad	Nulidad del contrato (artículo 122 del Reglamento).	
Resolución	Verificación de la causal de resolución (artículo 177 del Reglamento).	Hasta que la entidad reciba la obra.
	Cumplimiento del procedimiento de resolución (artículo 177 del Reglamento).	
	Identificación de las prestaciones pendientes en caso de resolución (artículo 138 del Reglamento).	
Resarcimiento	Pago por los daños derivados de los conceptos regulados en la normativa de contratación pública.	Conceptos no previstos en la normativa de contratación pública.

Por tales motivos, las limitaciones cualitativas contravienen el objetivo mismo de la LCE: gestionar de la manera más eficiente el proyecto, debido a que están contaminadas del sesgo restrictivo proveniente de la regulación arbitral. La JRD, para que cumpla sus objetivos y se materialicen sus beneficios, debe ser competente de resolver cualquier y todo conflicto derivado de la ejecución del proyecto para luego, de ser el caso, llevar la controversia a la vía correspondiente, ya sea arbitral o judicial.

6. COMPOSICIÓN DE LA JRD

La JRD puede ser unipersonal o colegiada (tres miembros), dependiendo del monto del contrato. Si el monto el contrato de obra tiene un valor igual o superior a S/ 5'000,000.00 (cinco millones con 00/100 soles) pero menor a S/ 40'000,000.00 (cuarenta millones con 00/100 Soles) la JRD será integrada por un miembro. En cambio, será integrada por tres miembros cuando el contrato de obra tenga un valor igual o superior a S/ 40'000,000.00 (cuarenta millones con 00/100 soles).²⁸ No hemos encontrado una explicación razonable de esta diferenciación, sin embargo, es fácil entender que lo que busca la norma es de alguna manera controlar mejor dicho costo.

6.1. *Requisitos de los miembros de la JRD*²⁹

Cuando la JRD esté integrada por un miembro, éste debe ser un ingeniero o arquitecto con conocimiento de la normativa nacional aplicable al contrato, así como en contrataciones del Estado. En caso esté integrada por tres miembros, el presidente debe contar con las mismas calificaciones que se exigen para el miembro único de la JRD, los demás miembros deben ser expertos en la ejecución de obras.

Al aceptar su nombramiento, los miembros de la JRD se comprometen a desempeñar sus funciones conforme a lo dispuesto en las normas aplicables a la JRD y al contrato tripartito, es decir, al acuerdo en donde la entidad y el contratista contratan a cada uno de los miembros de la JRD, individualmente, con el fin de que presten de manera independiente el servicio de prevención y decisión de controversias relativas al contrato de obra.

²⁸ Artículo 205.5 del Reglamento.

²⁹ Numeral 7.3 de la Directiva.

6.2. Designación de los miembros de la JRD³⁰

Si la JRD se compone de un miembro, éste es designado por las partes de la lista de adjudicadores del centro dentro del plazo de dos días siguientes a la suscripción del acuerdo por el que someten las controversias a la JRD. En caso no se lleve a cabo dicha designación, el centro lo nombrará en un plazo máximo de dos días siguientes de recibida la solicitud por cualquiera de las partes.

Si la JRD se compone de tres miembros, cada parte designa a un miembro en el plazo de dos días siguientes a la suscripción del acuerdo por el que se someten las controversias a la JRD. Los miembros designados tendrán un plazo de dos días para aceptar o no la designación. El tercer miembro (quien preside la JRD) es designado por los adjudicadores nombrados por las partes en un plazo máximo de dos días de producida la aceptación del último de ellos de la lista de adjudicadores del centro. En caso no se lleve a cabo esta designación, el centro lo nombrará en un plazo máximo de dos días siguientes de recibida la solicitud formulada por cualquiera de las partes.

Cuando alguno de los miembros designados no acepte o no se pronuncie en los plazos establecidos, la parte, los miembros que propusieron o el centro nombra al reemplazante, según sea el caso, siguiendo el mismo procedimiento señalado en los párrafos precedentes.

Cuando en un plazo de veinte días calendario, contados desde la suscripción del acuerdo por el que se someten las controversias a la JRD, las partes o los miembros designados no logren obtener la aceptación de los adjudicadores que les corresponde designar, el centro designa al o a los miembros que no hayan sido nombrados.

³⁰ Numeral 7.3 de la Directiva.

6.3. Deber de información de los miembros de la JRD³¹

Todos los miembros de la JRD deben cumplir con la obligación de informar al momento de aceptar el encargo sobre cualquier circunstancia que surja dentro de los cinco años anteriores a su designación, que pudiera afectar su independencia o imparcialidad, o que le impida ejercer sus funciones con transparencia y diligencia. Este deber de información comprende, además, la obligación de dar a conocer a las partes la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a su aceptación durante el desarrollo de la JRD que pudiera afectar su independencia o imparcialidad.

En caso el centro tome conocimiento de cualquier hecho o circunstancia que ponga en duda la independencia o imparcialidad de uno de los miembros de la JRD, deberá informarlo a las partes.

6.4. Recusación de los miembros de la JRD³²

Las partes pueden cuestionar la independencia o imparcialidad de un miembro de la JRD, en un plazo de cinco días contados a partir del conocimiento de los hechos que motivan su cuestionamiento. Para tal efecto, la parte debe presentar al centro una solicitud de recusación, la que incluirá una exposición escrita de los hechos o circunstancias en cuestión. El centro declara fundada o infundada la solicitud después de haberle otorgado la oportunidad de expresarse a o a los miembros cuestionados, a los demás miembros de la JRD y a la otra parte. Dicha decisión es inimpugnable.

Ante la presentación al centro de una solicitud de recusación en contra de un miembro, éste tiene la posibilidad de renunciar al cargo.

³¹ Numeral 7.5 de la Directiva.

³² *Ibidem.*

6.5. *Facultades de la JRD*³³

La JRD debe desarrollar sus actividades considerando las necesidades de la obra y con la flexibilidad necesaria para adaptarse a las diversas situaciones que pueden presentarse, debiendo adoptar normas y criterios que faciliten el funcionamiento interno de la JRD.

La JRD está facultada para adoptar todas las medidas que resulten necesarias para cumplir con sus funciones, conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cuestiones conexas y accesorias a ella que se promuevan. Así, se encuentra facultada para requerir a las partes que aporten cualquier documento que juzguen necesario para emitir sus decisiones; convocar reuniones, visitar la obra, realizar todas las audiencias que considere necesarias; requerir medios probatorios, decidir sobre las cuestiones relativas al procedimiento que surjan durante las visitas, reuniones y audiencias; citar e interrogar a las partes, sus representantes, testigos, expertos y peritos que considere pertinente. Las visitas, audiencias y reuniones pueden ser grabadas, ya sea en el audio o video.

A petición de ambas partes, la JRD puede ejecutar adicionalmente una función consultiva con la finalidad de prevenir el surgimiento de futuras controversias. Como se explicó anteriormente, esta función consiste en emitir una opinión no vinculante sobre algún aspecto que pueda ser motivo de una futura controversia o que las partes deseen dilucidar. Esta atribución consultiva puede generarse durante cualquier reunión, sesión, audiencia o visita a la obra, dejando constancia por escrito de la solicitud de las partes.³⁴ Sin perjuicio de ello, la JRD no queda vinculada por las opiniones que haya expresado mientras ejerció función consultiva.

³³ Numeral 7.6. de la Directiva.

³⁴ En concordancia con el numeral 2 del artículo 208 del Reglamento.

Si alguna de las partes se rehúsa o se abstiene de participar en el procedimiento de la JRD o en cualquier etapa de éste, la JRD continuará con el mismo no obstante la renuencia de dicha parte.

6.6. Deber de confidencialidad de los miembros de la JRD³⁵

Toda la información que obtenga un miembro de la JRD en el ámbito de sus actividades es reservada y no puede ser revelada, salvo autorización escrita por ambas partes, o que fuera requerido por el órgano jurisdiccional o por el OSCE.

6.7. Sustitución de alguno de los miembros de la JRD³⁶

Sin perjuicio de la composición inicial, los miembros de la JRD pueden ser sustituidos ante la presencia de las siguientes causales:

- (i) Incapacidad física o mental permanente.
- (ii) Incapacidad física o mental temporal, que impida o dificulte el desarrollo de las actividades de la JRD.
- (iii) Fallecimiento.
- (iv) Recusación declarada fundada.
- (v) Resolución del contrato respecto al miembro único o uno de los miembros de la JRD.
- (vi) Renuncia.

La parte que designó al miembro sustituido, los adjudicadores que lo propusieron o el centro, según sea el caso, designan a un nuevo ad-

³⁵ Numeral 7.7. de la Directiva.

³⁶ Numeral 7.23 de la Directiva.

judicador en un plazo máximo de dos días contados desde el momento en que el miembro sustituido cesa en sus funciones. En caso no se logre obtener la aceptación del nuevo adjudicador en un plazo de quince días calendario, contados desde el momento que el miembro sustituido cesa de sus funciones, el centro efectuará la designación respectiva. Sin embargo, en el caso de recusación declarada fundada, el centro designa al miembro sustituto directamente.

Mientras no se haya sustituido un miembro de la JRD, los otros dos miembros deben abstenerse de realizar audiencias y de emitir decisiones, salvo acuerdo en contrario por escrito de las partes. En caso de ser sustituido el miembro único, dos o los tres miembros, la JRD no podrá llevar a cabo actividad alguna.

6.8. Honorarios de la JRD³⁷

Las partes asumen en porciones iguales, los honorarios y gastos de los miembros de la JRD. Los miembros de la JRD reciben en partes iguales los mismos honorarios por su labor.

A falta de acuerdo entre las partes y los miembros de la JRD respecto del monto de los honorarios y gastos, éstos serán fijados conforme a lo establecido en el respectivo reglamento del centro.

En caso de falta de pago a los miembros de la JRD por una de las partes, la otra puede subrogarse y efectuar el pago. En caso se mantenga la falta de pago, la JRD está facultada a disolverse.³⁸

³⁷ Numeral 7.21 de la Directiva.

³⁸ Segundo párrafo del artículo 209 del Reglamento.

7. PROCEDIMIENTO DE LA JRD

7.1. *Inicio de actividades*³⁹

Luego de designado a los miembros de la JRD, las partes deben suscribir con éstos un contrato tripartito, el cual debe ser puesto en conocimiento del centro.

En cualquier momento las partes, actuando conjuntamente y previa notificación con siete días de anticipación, podrán resolver el contrato tripartito respecto de uno o más miembros de la JRD sin expresión de causa y sin incurrir en mayor responsabilidad que el pago de los honorarios pendientes por los servicios prestados hasta la fecha de resolución.

La JRD inicia sus actividades una vez suscrita el Acta de Inicio de Funciones, la cual es firmada por todos los miembros, las partes y un representante del centro luego de la aceptación del último miembro de la JRD o del miembro único.

El Acta de Inicio de Funciones debe contener un calendario de reuniones y visitas periódicas a la obra, el cual puede ser modificado.

7.2. *Deber de información de las partes*⁴⁰

Tan pronto como la JRD se encuentre conformada, las partes se obligan a cooperar y a mantenerla informada del contrato de obra y su ejecución, así como de cualquier desacuerdo que pudiera sobrevenir.

Las partes y los miembros de la JRD deben acordar la naturaleza, forma y frecuencia de los informes de seguimiento que deben enviarse a la JRD. Asimismo, la JRD puede solicitar a cualquiera de las partes información relativa a la obra para cumplir con sus funciones. Ante la

³⁹ Numeral 7.4 de la Directiva.

⁴⁰ Numeral 7.8. de la Directiva.

ausencia de pacto esta información debe ser proporcionada con la frecuencia establecida por la JRD y enviada por los representantes de cada parte.

7.3. Visita a la obra y reuniones⁴¹

Al inicio de sus actividades, y en coordinación con las partes, la JRD fija un calendario de visitas periódicas a la obra y de reuniones adicionales, de ser el caso. Dicho calendario es de obligatorio cumplimiento. Las partes deben participar en todas las reuniones y visitas a la obra. En caso la JRD requiera una reunión o visita y alguna de las partes considere que ello no es eficiente puede solicitar a la JRD que lo reconsidere.

La JRD puede realizar la reunión o visita a la obra a pesar de la inasistencia de una de las partes. En caso de inasistencia de un miembro de la JRD, los demás miembros pueden decidir la procedencia de realizar la reunión o la visita.

Las reuniones y visitas a la obra deben ser lo suficientemente frecuentes con el propósito que la JRD se mantenga informada de la ejecución de la obra y de cualquier desacuerdo o controversia desde el momento inicial. El centro coordina dichas reuniones y visitas debiendo recibir la colaboración de las partes. Si la JRD lo solicita, éstas deben facilitar un espacio de trabajo apropiado, alojamiento, medios de comunicación, equipos de oficina e informático, así como todo lo que sea necesario para viabilizar las reuniones o visitas de manera eficiente, procurando minimizar los gastos y el tiempo requerido.

Las visitas se realizan en el lugar de ejecución de la obra, mientras que las reuniones pueden celebrarse en cualquier lugar pactado entre las partes y la JRD. En caso de desacuerdo sobre el lugar de la reunión, ésta se llevará a cabo en lugar fijado por la JRD.

⁴¹ Numeral 7.9 de la Directiva.

Durante las reuniones o las visitas a la obra, la JRD debe analizar con las partes la ejecución del contrato de obra, así como identificar los puntos de cualquier probable o posible desacuerdo con el ánimo de prevenir la controversia. Después de cada reunión o visita a la obra, la JRD elabora un informe, incluyendo la lista de personas asistentes, el cual debe ser notificado a las partes dentro de los siete días siguientes a la reunión o visita a la obra, según corresponda.

Cualquiera de las partes puede solicitar una o más reuniones o visitas a la obra, adicionales a las programadas.

7.4. *Visitas periódicas a la obra*⁴²

En cada visita periódica a la obra habrá una reunión y una inspección. En dichas visitas se contará con la participación de un representante de la entidad, el contratista, el supervisor de la obra y un representante del centro. La agenda de dichas visitas debe contener por lo menos los siguientes puntos:

- (i) Apertura de la reunión por el presidente de la JRD o por el miembro único, según corresponda.
- (ii) Presentación por parte del contratista del trabajo realizado desde la última reunión, el estado actual de la obra y su avance con relación al cronograma contractual, posibles dificultades que anticipa y las soluciones que propone.
- (iii) Exposición del supervisor sobre su punto de vista con relación a los aspectos comentados por el contratista y cualquier otra situación.

⁴² Numeral 7.10 de la Directiva.

- (iv) Comentarios de la entidad respecto a lo señalado por el contratista y el supervisor, pudiendo presentar además las posibles dificultades que anticipa y las soluciones que propone.
- (v) Explicación por parte del contratista y/o de la entidad de las áreas de la obra que propone que sean inspeccionadas y comentarios del supervisor, la entidad y los miembros de la JRD.
- (vi) Inspección a la obra, con especial énfasis en áreas con mayor actividad o relevancia.
- (vii) Conclusiones.
- (viii) Fijación o confirmación de la fecha de la próxima visita.

La entidad, el contratista y el supervisor no deben buscar de manera independiente a la JRD o a alguno de sus miembros para formularle consultas, pedir opinión o consejo sobre alguna materia. Del mismo modo, los miembros de la JRD no deben dar sugerencias u opiniones sólo a una de las partes o al supervisor.

El centro prepara las actas de cada visita periódica, poniéndolas en conocimiento de las partes y de la JRD dentro de los tres días siguientes de efectuada la visita, para sus comentarios y/o aprobación. Las actas son firmadas como máximo en la siguiente visita a la obra. Dichas actas no reemplazan el informe que debe elaborar la JRD.

7.5. Comunicaciones⁴³

Toda comunicación entre las partes y la JRD se realiza a través del centro, debiendo efectuarse en físico, sin perjuicio de que puedan adelantarse por vía electrónica. Las partes deben proporcionar copias suficientes para cada miembro de la JRD y la otra parte. Las comunicaciones

⁴³ Numeral 7.11 de la Directiva.

deberán formularse en castellano, salvo que las partes y la JRD acuerden un idioma distinto.

La notificación se considera efectuada el día en que haya sido entregada en físico al destinatario o a su representante en el domicilio que haya señalado. En caso la parte no haya señalado domicilio, la notificación se considera efectuada el día en que haya sido entregada en físico en el domicilio señalado en el contrato de obra o, en su defecto, en el domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales. Los cambios de domicilio surten efectos desde el día siguiente de recibida la respectiva comunicación por el centro. El centro debe llevar el control del archivo respectivo.

7.6. *Presentación de la controversia*⁴⁴

Para someter una controversia a la JRD, la parte interesada debe presentar al centro una petición escrita que incluya:

- (i) Una descripción clara y concisa de la naturaleza y de las circunstancias de la controversia.
- (ii) Una lista de peticiones que serán sometidas a decisión de la JRD.
- (iii) Una presentación de la posición de la parte.
- (iv) Cualquier sustento que fundamente la posición, tales como documentos, planos, cronogramas o programas de actividades, correspondencia, etcétera.
- (v) La respuesta que dio la parte contraria, de ser el caso.

⁴⁴ Numeral 7.12 de la Directiva.

La fecha de recepción de la petición escrita por parte del centro será considerada como la fecha de inicio de la controversia para la JRD. Las partes pueden presentar una petición conjunta y llegar a un acuerdo sobre la controversia en cualquier momento.

Las partes deben cumplir con los plazos y procedimientos dispuestos en la LCE y el Reglamento con relación a las ampliaciones de plazo, variaciones a los trabajos, adicionales, deductivos, modificaciones al contrato de obra, aclaraciones al expediente técnico y cualquier otro tipo de incertidumbre, duda o controversia que surja, sin perjuicio de decidir someter alguna controversia sobre dichos aspectos a la JRD.

7.7. Contestación de la petición⁴⁵

Luego de la presentación de la controversia, el centro notifica la petición a la otra parte en el plazo máximo de tres días de recibida.

La parte que contesta debe hacerlo dentro del plazo de quince días siguientes de notificada por el Centro. La contestación debe incluir una presentación clara y concisa de la posición respecto de la controversia, así como cualquier sustento que fundamente su posición, tales como documentos, planos, cronogramas o programas de actividades y correspondencia que resulte pertinente, de ser el caso.

En cualquier momento, la JRD puede solicitar a cualquiera de las partes que presenten otros escritos o documentos adicionales que contribuyan a la emisión de la decisión.

7.8. Audiencia⁴⁶

Luego de la contestación, la JRD determina si es necesario llevar a cabo una audiencia para que cada parte exponga su posición y sustento, en aten-

⁴⁵ Numeral 7.13 de la Directiva.

⁴⁶ Numeral 7.14 de la Directiva.

ción a la complejidad de la materia controvertida y otros aspectos. Si una de las partes solicita que haya una audiencia, la misma debe llevarse a cabo.

La audiencia se lleva a cabo en el menor plazo posible. No obstante, entre la recepción de la contestación y la fecha para la audiencia debe mediar un plazo no mayor a diez días. La audiencia podrá llevarse a cabo en una o más sesiones, las cuales deberán realizarse en un plazo no mayor de diez días contados desde la fecha en que se efectuó la sesión anterior.

Cuando la audiencia deba realizarse en una fecha distinta a la de una visita periódica, la fecha y lugar será definido de común acuerdo entre las partes y la JRD. En caso de que no se logre alcanzar dicho acuerdo, la audiencia será en la fecha y lugar que indique la JRD.

La audiencia se celebrará en presencia de todos los miembros de la JRD y un representante del centro, salvo que la JRD decida, conforme a las circunstancias y previa consulta a las partes, que es posible llevar a cabo una audiencia en ausencia de uno de los miembros.

La JRD tiene la dirección de las audiencias y se asegura que cada parte tenga la oportunidad para exponer su caso y ejercer su defensa. Las partes comparecerán personalmente o a través de sus representantes designados para tal fin. Salvo que la JRD decida lo contrario, la audiencia se desarrolla de la manera siguiente:

- (i) Presentación del caso por la parte solicitante.
- (ii) Presentación de la parte que responde.
- (iii) Indicación de la JRD a las partes de las cuestiones que requieren mayores aclaraciones para su dilucidación.
- (iv) Aclaración por las partes de las cuestiones identificadas por la JRD.

- (v) Contestación de cada parte a las aclaraciones presentadas por la otra parte.

La JRD puede solicitar a las partes que presenten sus argumentos y el sustento documentario respectivo por escrito antes o después de la audiencia. Asimismo, las partes pueden presentar dichos escritos por iniciativa propia.

7.9. Adopción de la decisión⁴⁷

Salvo el caso en que la JRD esté conformada por un solo miembro, la decisión es adoptada con el voto favorable de dos miembros. A falta de mayoría, el voto del presidente de la JRD será dirimente.

Los adjudicadores tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda.

El miembro de la JRD que no esté de acuerdo con la decisión debe exponer las razones que motivan su desacuerdo en un informe escrito por separado que no forma parte de la decisión, pero que se comunica a las partes conjuntamente con ésta última. El hecho de que un miembro de la JRD no motive su desacuerdo no constituye un obstáculo para la emisión de la decisión ni para su eficacia.

7.10. Emisión, contenido de la decisión y plazo de notificación⁴⁸

Culminada la audiencia, la JRD delibera en privado en cualquier lugar que considere apropiado. Las deliberaciones son confidenciales y no deben constar en la decisión que se emita. La JRD formula su decisión por escrito, debiendo indicar la fecha de su emisión, así como exponer los fundamentos y conclusiones que las motivan.

⁴⁷ Numeral 7.15 de la Directiva.

⁴⁸ Numeral 7.16 de la Directiva.

En caso la controversia tenga aspectos legales, la JRD debe resolver teniendo en cuenta el siguiente orden de prelación normativo:⁴⁹

- (i) La Constitución.
- (ii) La LCE.
- (iii) El Reglamento.
- (iv) Normas de derecho público.
- (v) Normas de derecho privado.
- (vi) Supletoriamente, lo dispuesto en las leyes de la materia.

En ese contexto, el contenido de la decisión debe incluir:

- (i) Un resumen de la controversia, de las posiciones respectivas de las partes y de los pedidos que se solicitan.
- (ii) Un resumen de las disposiciones pertinentes del contrato de obra y de la legislación aplicable.
- (iii) Una cronología de los hechos relevante.
- (iv) Un resumen del procedimiento seguido por la JRD.
- (v) Una lista de los escritos y de los documentos entregados por las partes durante el procedimiento.
- (vi) La decisión y su motivación.

⁴⁹ Artículo 45.3 de la LCE.

La JRD redacta la decisión de tal manera que sea ejecutable en la práctica por las partes y conforme a las normas de contrataciones del Estado y el contrato de obra, previniendo cualquier posible complicación o duda que pueda generar su aplicación.

La JRD notifica su decisión al centro dentro de los quince días siguientes a la fecha de realizada la última o única sesión de la audiencia respectiva. El centro debe notificar dicha decisión a las partes en un plazo máximo de tres días contados desde la recepción de la misma.

Las decisiones emitidas y notificadas a las partes fuera de los plazos establecidos en el párrafo anterior son ineficaces, salvo que ambas partes decidan antes de la recepción de la notificación de la decisión respectiva, y mediante acuerdo expreso, concederle a la JRD un plazo adicional para emitir su decisión. Este plazo adicional no puede superar el indicado en el párrafo anterior. El acuerdo expreso debe suscribirse antes de la recepción total de la obra.

Las controversias materia de las decisiones que son ineficaces pueden ser sometidas a arbitraje dentro de los treinta días de vencido el plazo de para su notificación.

7.11. Implicancias económicas de la decisión⁵⁰

La Directiva señala que la decisión de la JRD versa sobre el derecho que les asiste a las partes con relación a la controversia formulada, dejando a las partes la determinación de las implicancias económicas de acuerdo a lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado.

En caso de existir discrepancias respecto a las implicancias económicas de la decisión, cualquiera de las partes puede presentar una con-

⁵⁰ Numeral 7.17 de la Directiva.

troversia a la JRD. En ese supuesto se emplea el procedimiento aplicable a cualquiera petición de presentación de controversia a la JRD.

Sin embargo, cuando se trate de decisiones que se vayan a emitir luego de la recepción total de la obra, la decisión de la JRD debe versar tanto sobre el derecho que les asiste a las partes con relación a la controversia como sobre las implicancias económicas de la decisión. En tal sentido, en dichos casos las partes deben aportar el sustento que sea necesario para que la JRD pueda decidir sobre ambos aspectos de las controversias en cuestión.

Respecto la fórmula planteada por la Directiva, ésta es inconsistente con la eficiencia de la JRD como método de resolución de controversias en vista de que no se explica cuál es la razón o justificación por la cual se divide en dos procedimientos una misma controversia: derecho reclamado y su cuantía. Esto no tiene ningún sentido ni mucho menos utilidad práctica.

En correspondencia con la LCDE, la controversia en su dimensión económica debe ser también decidida, de otro modo se agrega innecesariamente mayores costos a la gestión del conflicto contractual.

7.12. Corrección y aclaraciones de la decisión⁵¹

La JRD puede corregir de oficio cualquier error tipográfico o informático, de cálculo, de transcripción o de naturaleza similar que contenga la decisión, en un plazo de cinco días desde su notificación a las partes. Asimismo, cualquiera de las partes puede solicitar a la JRD la corrección de los errores descritos en el párrafo anterior o bien la aclaración de una decisión, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de recepción de la decisión.

⁵¹ Numeral 7.18 de la Directiva.

Cuando la JRD reciba una de las solicitudes detalladas en el párrafo precedente, concederá a la otra parte un plazo de cinco días, contados a partir de la fecha de recepción de dicha solicitud, para que formule sus comentarios. Toda corrección o aclaración de la JRD debe emitirse en el plazo de cinco días siguientes a la fecha de expiración del plazo otorgado de la otra parte para la recepción de sus comentarios y notificarse por el centro en el plazo máximo de tres días.

7.13. Obligatoriedad de las decisiones de la JRD⁵²

La decisión que emita la JRD es vinculante, así como de inmediato y obligatorio cumplimiento para las partes desde:

- (i) Su notificación.
- (ii) Desde el vencimiento del plazo para su corrección o aclaración.
- (iii) Una vez corregida o aclarada la decisión, de ser pertinente.

Ninguna autoridad administrativa, arbitral o judicial puede impedir el cumplimiento de las decisiones que emita la JRD. Este aporte normativo busca el cabal cumplimiento de la decisión, sin perjuicio de someter la controversia al arbitraje.

En otras palabras, las partes están obligadas a cumplir la decisión sin demora, aun cuando cualquiera de ellas haya manifestado su desacuerdo con la misma y/o deseen someter la controversia a arbitraje. Cuando la decisión de la JRD implique el surgimiento de obligaciones de pago a cargo de la entidad, éstas se sujetan a los plazos y procedimientos establecidos en el contrato y/o normativa pertinente, según corresponda.

⁵² Artículo 212 del Reglamento.

El cumplimiento de la decisión de la JRD es una obligación esencial.⁵³ Su incumplimiento otorga a la parte afectada la potestad de resolver el contrato.⁵⁴

7.14. Desacuerdo frente a la decisión de la JRD⁵⁵

Si ninguna de las partes comunica por escrito a la otra y a la JRD su desacuerdo total o parcial con la decisión en el plazo de siete días de notificada o si, habiéndolo comunicado, no se inicia el respectivo arbitraje dentro del plazo de treinta días, la misma adquiere el carácter de final y definitiva. Este plazo es de caducidad.

En caso de que la controversia sea sometida a arbitraje, el tribunal arbitral tendrá facultades para revisar, cuestionar y decidir sobre la controversia, sin estar vinculado o restringido por la decisión emitida por la JRD. En arbitraje, la decisión emitida por la JRD tendrá el mismo valor que cualquier medio probatorio y se regirá bajo dicha regulación.

Ahora bien, todas las materias comprendidas en las decisiones de la JRD pueden ser sometidas a arbitraje siempre que la parte que se encuentre en desacuerdo haya manifestado oportunamente su disconformidad, debiendo interponerse el arbitraje respectivo dentro de los treinta días hábiles siguientes a la recepción de la obra. En estos casos

⁵³ Según la Opinión n.º 027-2014/DTN del OSCE: «[...] una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte [...]».

⁵⁴ En el caso del contratista debe leerse en concordancia con el artículo 135.2 del Reglamento: «El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo [...]». En cambio, por el lado de la entidad debe leerse conjuntamente con el numeral 1 del artículo 135.1 del Reglamento: «La entidad puede resolver el contrato [...] en los casos que el contratista: 1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello [...]».

⁵⁵ Numeral 7.19 de la Directiva.

deberá plantearse un único arbitraje, con independencia del número de decisiones que la JRD haya tomado; serán las partes, quienes luego de un análisis de costo-beneficio decidirán qué controversias someterán a arbitraje.

El sometimiento a arbitraje de las controversias que subyacen a las decisiones de la JRD no suspende el trámite de liquidación del contrato, siendo que, en caso de plantearse controversia respecto de la liquidación final, ésta deberá acumularse necesariamente con el proceso arbitral a cargo de resolver las controversias que subsisten.

7.15. Cumplimiento del acuerdo de la JRD como presupuesto de arbitrabilidad⁵⁶

El Reglamento indica que los árbitros no podrán dar inicio al proceso arbitral en tanto las partes no hayan agotado el procedimiento ante la JRD.⁵⁷ En otras palabras, el cumplimiento del procedimiento actúa un presupuesto o condición de arbitrabilidad.⁵⁸

Esta opción normativa es tributaria de la doctrina especializada y de la jurisprudencia internacional. Así, Cairns y Magdalena, citando a Jiménez,⁵⁹ señalan que:

En aquellos supuestos en los que el contrato establezca un procedimiento escalonado —por el que las partes deban someter la controversia a un DAB (Junta de Resolución de Disputas), como requisito previo al arbitraje— y dependiendo en la propia redacción de la cláusula y la ley aplicable, el cumplimiento del

⁵⁶ Numeral 7.20 de la Directiva.

⁵⁷ Artículo 213.1 del Reglamento.

⁵⁸ Cabe precisar que la JRD no es parte del proceso arbitral, conforme el artículo 213.1 del Reglamento.

⁵⁹ JIMÉNEZ, Dyalá. «Multi-Tiered Dispute in ICC Arbitration». *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. Primavera, 2003, vol.14, n.º 1, pp. 7-25.

pronunciamiento prearbitral se constituirá como un auténtico presupuesto para la jurisdicción de un tribunal arbitral.⁶⁰

Estos autores remarcan la importancia del sometimiento del reclamo a la JRD como requisito de procedibilidad del arbitraje siempre que de la redacción de la cláusula de solución de controversias ello quede muy claro y que la ley aplicable no la proscriba, conforme ocurre en nuestra legislación. Es importante aclarar que esta condición de arbitrabilidad no cuestiona la jurisdicción de los árbitros, como erróneamente señalan algunos autores, sino más bien la competencia en el tiempo de los árbitros para conocer y resolver determinada disputa.

En la práctica arbitral internacional, la inobservancia de este procedimiento prearbitral fue y es la razón para que tribunales arbitrales no acepten las solicitudes de inicio de arbitraje en tanto el reclamante no haya cumplido con agotar este método de previsión contractual.

En los Casos arbitrales n.º 6276 y 6277 (1990) y n.º 6536 (1992) administrados por la Cámara de Comercio Internacional (ICC), los demandados se opusieron al inicio del arbitraje alegando el incumplimiento del procedimiento prearbitral como presupuesto indispensable de arbitrabilidad, en estos casos, estos pedidos fueron declarados fundados.⁶¹

Ahora bien, defender una condición o presupuesto de arbitrabilidad no debe ser observado como excusa, salida o justificación para dilatar o evitar el inicio de un arbitraje, sino como el respeto a un compromiso adquirido en la búsqueda de un manejo eficiente del conflicto.

⁶⁰ MAGDALENA, Ignacio. «El reglamento de la ICC relativo a los Dispute Board». La ley jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Madrid, 2006, n.º XXI, pp. 1677-1682.

⁶¹ PAREDES, Gustavo. «Presupuestos de arbitrabilidad en los arbitrajes de construcción: los *dispute boards*». *Revista Arbitraje PUCP*. Lima, 2011, n.º 1, p. 37.

No obstante, pueden presentarse supuestos en donde las partes quedan habilitadas para iniciar el proceso arbitral sin la necesidad de recurrir a la JRD, siendo éstos los siguientes:⁶²

- (i) La JRD no haya podido ser conformada por cualquier razón.
- (ii) La JRD no emite ni notifica su decisión al centro dentro de los quince días siguientes a la fecha de realizada la última o única sesión de la audiencia respectiva. Asimismo, si el Centro no notifica la decisión de la JRD a las partes en un plazo máximo de tres días contados desde la recepción de la misma.⁶³
- (iii) La JRD se disuelve antes de la emisión de una decisión.
- (iv) Si se ha producido la recepción total de la obra, salvo si al momento de la recepción total de la obra aún quedara pendiente que la JRD emita o notifique su decisión.⁶⁴

En tal sentido, recurrir al arbitraje por cualquier otra razón que no esté justificada en estas circunstancias, conllevará a cuestionar la competencia de los árbitros.

7.16. Supuestos especiales de cómputo de plazos de caducidad⁶⁵

Cuando las partes pactaron la JRD, los plazos de caducidad previstos en la Ley para someter la controversia a arbitraje se contabilizan de la siguiente manera:

- (i) En los casos donde surja la imposibilidad de conformar la JRD, el centro deberá comunicar a las partes dicha circunstancia, pu-

⁶² Artículo 213.1 del Reglamento.

⁶³ Numeral 7.16 de la Directiva.

⁶⁴ Artículo 211 del Reglamento.

⁶⁵ Artículo 214 del Reglamento.

diendo hacerlo a pedido de parte o de oficio. En este supuesto, el plazo de caducidad para someter la controversia a arbitraje se computa a partir de notificada dicha comunicación.

- (ii) Si la JRD se disuelve conforme a las reglas de procedimiento respectivas antes de la emisión de una decisión, el plazo de caducidad para someter la controversia a arbitraje se computa desde que se comunique a las partes la disolución.

7.17. ¿Existe responsabilidad por someter a arbitraje las decisiones de las JRD?⁶⁶

El Reglamento indica que el titular de la entidad o el servidor en quien éste haya delegado tal función evalúa la conveniencia o no de someter a arbitraje las decisiones de la JRD, considerando criterios de costo-beneficio y ponderando los costos en tiempo y recursos de recurrir a la vía arbitral, así como la expectativa de éxito en dicha vía y los riesgos de no adoptar la decisión. Dicha evaluación debe estar contenida en un informe técnico legal debidamente fundamentado.

En tal sentido, esta medida tiene como finalidad limitar al titular de la entidad negligente y proteger al diligente, conforme se aprecia a continuación:

- (i) Evita que el negligente tenga incentivos de recurrir al arbitraje con el objetivo de dilatar injustificadamente el cumplimiento de su obligación, a sabiendas que su pretensión no tiene ningún fundamento técnico ni jurídico. De ese modo, se evita que el contratista y la misma entidad sufran perjuicios económicos al recurrir a un proceso que jamás debió iniciarse.
- (ii) El informe técnico legal se convierte en una herramienta de defensa frente los cuestionamientos del órgano de control res-

⁶⁶ Artículo 213.4 del Reglamento.

pecto a la negativa por parte del titular de la entidad de recurrir al arbitraje, dado que dicha decisión se encuentra dentro de sus facultades discrecionales. En tal sentido, las buenas razones por las cuales el titular de la entidad decide recurrir o no al arbitraje estarán debidamente expuestas en el informe técnico legal.

Si bien es interesante la opción adoptada por el Reglamento, resulta necesario que, mediante una directiva, el OSCE reglamente o desarrolle cuál es el estándar de un informe técnico legal «debidamente fundamentado». Claramente, dejar un término tan subjetivo a discreción del funcionario podría convertirse en una justificación para no motivar adecuadamente su decisión de recurrir a la vía arbitral. Por lo que es pertinente que se precise la metodología de análisis costo-beneficio y consistencia de sus pretensiones con el objetivo de estandarizar la elaboración y el nivel de profundidad del informe técnico legal.

Finalmente, en caso el titular de la entidad impulse o prosiga por la vía arbitral, aun cuando el análisis costo beneficio determina que la posición de la entidad razonablemente no será acogida, incurrirá en responsabilidad funcional

8. CONCLUSIÓN

Quiero terminar este capítulo por donde empecé y dejando claro que la JRD contiene normativamente los elementos estructurales para que funcione, pero dentro de un ámbito competencial limitado que no es lo más adecuado; confío en que una reforma normativa pueda ayudar a que se desarrolle a plenitud, claro está, después de los resultados y beneficios que se aprecien de su utilización. Sin embargo, más allá de lo regulado conviene resaltar que lo determinante en el éxito o fracaso de la JRD en el marco de la obra pública dependerá de la buena fe, capacitación y colaboración de las partes para propender hacia un diseño contractual colaborativo y menos confrontacional.

9. BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos de revistas

- AACE INTERNATIONAL. *Recommended Practice n.º 29R-03 Forensic Schedule Analysis*. West Virginia, 2011.
- Exposición de Motivos de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.
- GRAY, Jaime y PAREDES, Gustavo. *El modelo de resolución de disputas FIDIC (libro rojo) como alternativa eficiente al actual diseño de solución de conflictos en los proyectos de infraestructura pública en el Perú*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2015.
- HURTADO, Juan. «De la conciliación decisoria a la Junta de Resolución de Disputas: apuntes en relación a la Junta de Resolución de Disputas como nuevo método de resolución de conflictos para un contrato de obra formalizado bajo el ámbito de la nueva Ley de Contrataciones del Estado». *Revista Derecho & Sociedad*, Lima, n.º 44
- JIMÉNEZ, Dyalá. «Multi-Tiered Dispute in ICC Arbitration». *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. Primavera, 2003, vol.14, n.º 1.
- MAGDALENA, Ignacio. «El reglamento de la ICC relativo a los Dispute Board». *La ley jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Madrid, 2006, n.º XXI.
- ONG, Brennan y GERBER, Paula. En *Dispute Boards: Is there a role for lawyer?* *Construction Law International*. Volumen 5 Issues 4 December 2010.

- PAREDES, Gustavo. «Presupuestos de arbitrabilidad en los arbitrajes de construcción: los *dispute boards*». *Revista Arbitraje PUCP*. Lima, 2011, n.º 1.
- SEPPÄLÄ, Christopher. «FIDIC's new standard forms of contract- force majeure, claims, dispute and other clauses». *International Construction Law Review*. United Kingdom, HH Lloyd QC & Douglas S. Jones, 2014.
- SIPÁN, Miguel. *Eficacia de la Junta de Resolución de Disputas en el sistema de solución de conflictos de las contrataciones del Estado*. Tesis. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017.

Legislación

- Directiva n.º 020-2016-OSCE/CD. Junta de Resolución de Disputas, publicada el 26 de febrero de 2016.
- Ley n.º 30225 - Ley de Contrataciones del Estado, publicada el 11 de julio de 2014 y sus modificaciones.
- Reglamento de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado - Aprobado por Decreto Supremo n.º 350-2015-EF y sus modificaciones.

Opiniones del OSCE

- Opinión del OSCE n.º 027-2014/DTN del 13 de febrero de 2014.

ANEXO 1

Luego de concluido el presente artículo se han producido las siguientes modificaciones normativas en materia de contratación pública:

- (i) Texto Único Ordenado de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 082-2019-EF.
- (ii) Nuevo Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo n.º 344-2018-EF, vigente desde el 30 de enero de 2019 (en adelante, nuevo Reglamento).

Respecto a la JRD, el artículo 243.4 del nuevo Reglamento, a diferencia del derogado, vuelve obligatoria su incorporación en los contratos «[...] cuyos montos sea superiores a veinte millones con 00/100 soles (S/ 20 000 000,00)».

¿Por qué a partir de dicho monto? Según la exposición de motivos del nuevo Reglamento, responde a la envergadura de la obra, siendo que los conflictos contractuales de tales proyectos de ingeniería y construcción son complejos y requieren de soluciones técnicas rápidas que generen un eficiente balance costo-beneficio en el uso de los recursos públicos.

En términos generales, estamos ante una modificación que ubica a nuestro país a la vanguardia de las mejores prácticas en la solución de conflictos en contratación de obra pública a nivel regional.

ARBITRAJE

*Salomé Teresa Reynoso Romero**

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje es un método alternativo de solución de controversias en el cual un tercero o terceros, árbitro o los árbitros (según la conformación del tribunal arbitral deseada por las partes), serán quienes emitirán un pronunciamiento que resolverá una controversia sometida a su decisión. El pronunciamiento final, el cual llevará el nombre de laudo arbitral, será de obligatorio cumplimiento por las partes, pues tiene el mismo carácter que una sentencia emitida por los tribunales ordinarios.

Existen muchas posturas referentes a la naturaleza del arbitraje; sin embargo, nos decantaremos por la *teoría intermedia*, desarrollada por los juristas Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze en su artículo denominado «Arbitraje: naturaleza y definición», en el cual señalan que el arbitraje tiene una doble naturaleza: *contractual y jurisdiccional*. Así, nos indican:

* Abogada especializada en Arbitraje y Resolución de Conflictos, Derecho Civil Patrimonial y Contrataciones con el Estado. Candidata a Magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Árbitro perteneciente a la nómina de árbitros del Centro de Arbitraje de la PUCP. Docente en cursos de especialización en arbitraje. Actualmente se desempeña como consultora del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP. La autora agradece la colaboración de David Fernández Quiñones, estudiante de la facultad de Derecho de la PUCP y practicante del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP.

El arbitraje es la manifestación más elemental de la administración de justicia. En el presente estado de la evolución histórica sólo puede ser concebido como una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal. Se origina mediante un contrato privado por el que dos o más sujetos de derecho deciden someter un conflicto con relevancia jurídica a la decisión resolutoria, definitiva y exclusiva, de uno o más terceros denominados árbitros, que son designados por las partes o por algún mecanismo establecido por ellas. Así, la decisión resolutoria de los árbitros o laudo será de cumplimiento obligatorio para las partes en virtud de que el ordenamiento jurídico establece que los contratos son ley para las partes.¹

Continuamos aún en una época de auge del arbitraje. Esta corriente de buena acogida ya tiene muchos años en su haber. El arbitraje ha recorrido un camino de buenas e interesantes experiencias, así como también de errores, que dieron cabida a procesos de reforma y reestructuración, con la finalidad de evitar que sea incorrectamente utilizado. Sin perjuicio de lo último, y dado que el escenario siempre ha sido favorable y en pro del arbitraje, es que este mecanismo de solución de controversias se ha convertido en una importante vía a la cual se someten las controversias derivadas no sólo de los contratos públicos (arbitraje obligatorio y que será objeto de desarrollo más adelante), sino también de contratos comerciales celebrados entre privados.

La experiencia actual ha arrojado que existe una demanda creciente de arbitrajes, consolidación de instituciones arbitrales, formación de un mercado arbitral importante, acompañada de una cuantiosa campaña académica organizada por asociaciones o grupos de estudio para conocer más sobre este mecanismo.

¹ CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo. «Arbitraje: naturaleza y definición». *Ius Et Veritas*. Lima, 2006, n.º 59, p. 283. Disponible en <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3068>>. Consultado el 6 de enero de 2019.

Por otro lado, el arbitraje ha contribuido a la apertura y desarrollo económico del país, pues ha dado cabida a la inversión de capitales extranjeros: «El arbitraje ha tenido un impacto significativo en las transacciones comerciales y en los contratos públicos en los últimos veinte años en nuestro país. Las cláusulas arbitrales han sido incorporadas en los contratos más importantes en diversos sectores económicos y los resultados alcanzados al momento de utilizar el arbitraje han sido eficientes [...]».²

Definitivamente, el principal impulso que se ha tenido al optar por este tipo de resolución de conflictos ha sido la celeridad, que es uno de sus principales beneficios. El tiempo excesivo que toma, en muchos casos, el resolver controversias ante tribunales ordinarios o judiciales y la carga procesal que tienen éstos, ha significado que se opte por el arbitraje al ser la vía más eficaz. Por esta y otras razones actualmente es obligatorio recurrir al arbitraje cuando se trata de contrataciones públicas.

La Constitución Política del Perú del año 1979 en su artículo 136 indicaba que el arbitraje tiene carácter jurisdiccional; sin embargo, funcionaba aún como excepción, pues la regla general indicaba que las controversias que surgiesen de los contratos celebrados por el Estado debían ser resueltos por los tribunales de la República:

Artículo 136.- El Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú.

Es a partir de esta disposición de carácter constitucional que el Perú tuvo como real la posibilidad de recurrir al arbitraje. Pese a ello, esta vía aún se encontraba limitada para los inversionistas extranjeros que

² RUBIO GUERRERO, Roger. «Los desafíos del arbitraje en el Perú». *Ius Et Praxis*. Lima, 2013, n.º 44, p. 254. Disponible en <http://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/81>. Consultado el 8 de enero de 2019.

contrataban con el Estado, dado que se veían sometidos, en primer lugar, a los jueces de la República, pues el arbitraje aún resultaba como una excepción a la regla³. Es por esta razón que para los inversionistas extranjeros y privados no les resultaba atractivo el contratar con el Estado por temas de inseguridad y celeridad procesal, pues las eventuales controversias que derivaban de los contratos que celebraban debían ser resueltas por un Poder Judicial lento, poco especializado y, en algunos casos, corrupto.

Dicho panorama pretendió ser cambiado con la llegada de la Constitución Política del Perú de 1993, que tuvo como uno de sus objetivos principales impulsar el desarrollo económico e incentivar la contratación con el Estado. Así, en su artículo 63 se dispone lo siguiente:

Artículo 63.- [...]

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de una relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. *Pueden someterlas también a arbitraje nacional o internacional en la forma en que lo disponga la Ley.* (El resaltado es nuestro).

Por tanto, durante la década de los noventa el Perú empieza a experimentar el uso y desarrollo del arbitraje como medio de solución de controversias derivadas de contratos en los que el Estado participaba, brindándose la posibilidad de recurrir a un proceso arbitral y renunciando así a la jurisdicción ordinaria.⁴

Es a partir de esta década donde se comienza a regular de manera especializada el arbitraje en sí y el arbitraje en la contratación pública, ésta última de manera obligatoria para todos los contratos celebrados

³ GUERINONI ROMERO, Pierina. «Arbitraje del Estado: ¿*ad hoc* o institucional?». *Revista de Arbitraje PUCP*. Lima: 2011, n.º 1, p 8. Disponible en <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/9353>>. Consultado el 8 de enero de 2019.

⁴ *Ibidem*.

por el Estado. Así, la facultad de arbitrar fue establecida, en primer lugar, en las siguientes normas:

- El segundo párrafo del artículo 1 de la Ley General de Arbitraje aprobada por el Decreto Ley n.º 25935 de noviembre de 1992.⁵
- El artículo 2 de la Ley General de Arbitraje aprobada mediante Ley n.º 26572 de diciembre de 1995.⁶
- El artículo 4 de la Ley de Arbitraje, aprobada mediante Decreto Legislativo n.º 1071 de agosto de 2008, norma actualmente vigente, modificada en algunos artículos por el Decreto Legislativo n.º 1231.⁷

⁵ Artículo 1.- [...] Pueden igualmente someterse a arbitraje, sin necesidad de autorización previa, las pretensiones y controversias referentes a bienes muebles o inmuebles o a obligaciones del Estado y de sus dependencias, de los Gobiernos Central, Regional y Local, y de las demás personas de derecho público, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual. En estos casos el arbitraje será necesariamente de derecho.

⁶ Artículo 2.- Pueden ser sometidos a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que celebren el Estado peruano y las personas jurídicas de derecho público con nacionales o extranjeros domiciliados en el país, inclusive las que se refieran a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público, entre sí. Para los efectos de este artículo, el Estado comprende el Gobierno central, los gobiernos regionales y locales y sus respectivas dependencias.

⁷ Artículo 4.- Arbitraje del Estado peruano

1. Para los efectos de este Decreto Legislativo, la referencia a Estado peruano comprende el Gobierno nacional, los gobiernos regionales, los gobiernos locales y sus respectivas dependencias, así como las personas jurídicas de derecho público, las empresas estatales de derecho público, de derecho privado o de economía mixta y las personas jurídicas de derecho privado que ejerzan función estatal por ley, delegación, concesión o autorización del Estado.
2. Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional.

2. EL ARBITRAJE SEGÚN LA ACTUAL LEY DE ARBITRAJE

El primer y más antiguo antecedente de la regulación del arbitraje en el Perú lo podemos encontrar en el Código de Enjuiciamientos en Material Civil del año 1852, en donde se hace referencia al arbitraje de la siguiente manera: «Egercen también jurisdicción las personas que los interesados nombran, conforme á este código, para que como árbitros conozcan en algún negocio particular».

Posteriormente, este Código fue derogado y reemplazado por el Código de Procedimientos Civiles de 1912, en donde se regula al arbitraje como *juicio arbitral*, indicándose específicamente en su artículo 548 que «[...] toda controversia, sea o no materia de juicio, puede someterse a la decisión de uno o más árbitros. El número de éstos será siempre impar». Por su parte, de los artículos 549 a 582 se desarrolló el proceso de formalización judicial forzosa del proceso arbitral cuando éste hubiere sido pactado de antemano y las partes no cumplieran o rehusaran formalizarlo (es decir, el origen en la cláusula compromisoria y posterior concreción en el compromiso arbitral). Bajo esta regulación, el arbitraje no tuvo mayor difusión o desarrollo importante en nuestro país.

A pesar de todo lo desarrollado en los códigos mencionados, el Código Civil de 1936 no hace referencia alguna sobre el arbitraje, dejándose de lado el desarrollo normativo de este mecanismo.

Es recién a partir de la Constitución Política de 1979 (vigente desde el 28 de julio de 1980 hasta el 31 de diciembre de 1993) donde por vez

-
3. El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.
 4. El Estado puede también someter a arbitraje internacional, dentro o fuera del país, las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país.
 5. En caso de actividades financieras, el arbitraje podrá desarrollarse dentro o fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados en el país.

primera se le da al arbitraje un reconocimiento de rango constitucional, con todas las implicancias señaladas anteriormente.

Artículo 136.- El Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a *tribunales judiciales o arbitrales* constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú. (El resaltado es nuestro).

Por su parte, en el Código Civil de 1984, entre sus artículos 1906 y 1922, se hizo alusión a la cláusula compromisoria y compromiso arbitral; sin embargo, fueron posteriormente derogados por la ley especial que sobre arbitraje entraría posteriormente en vigencia.

Nuestra actual Constitución de 1993 repite el reconocimiento constitucional del arbitraje, tal como lo hizo su predecesora. Esta Constitución se refiere al arbitraje en sus artículos 63 y 139 inciso 1, al indicar:

Artículo 63.- [...]

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de una relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. *Pueden someterlas también a arbitraje nacional o internacional en la forma en que lo disponga la Ley.* (El resaltado es nuestro).

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, *con excepción de la militar y la arbitral.* No hay proceso judicial por comisión o delegación. (El resaltado es nuestro)

La primera Ley de Arbitraje fue la denominada Ley n.º 25935: Ley General de Arbitraje, que tuvo una regulación más compleja e integral, encontrándose dentro de este cuerpo normativo la definición del Con-

venio Arbitral (como contrato previo) y suprimió la separación existente entre la llamada cláusula compromisoria y el compromiso arbitral.

La segunda Ley de Arbitraje, fue la Ley n.º 26572, también denominada como Ley de Arbitraje. Esta norma reguló por completo el proceso arbitral, incorporando la posibilidad de arbitrar las consecuencias patrimoniales de los fallos judiciales previamente expedidos por la jurisdicción ordinaria. Asimismo, hace referencia a la regulación del arbitraje con el Estado al indicar que no era necesaria la autorización previa especial para someterse a arbitraje nacional, con relación a los contratos celebrados con nacionales y extranjeros. Así como se dejó de lado, de manera definitiva, la diferenciación, clasificación y distinción de cláusula compromisoria y compromiso arbitral para integrarse en un solo concepto llamado *convenio arbitral*.

La actual Ley de Arbitraje, fue aprobada mediante Decreto Legislativo n.º 1071 y está vigente desde el 1 de septiembre de 2008. Esta nueva Ley de Arbitraje derogó por completo la Ley n.º 26572.

La Ley de Arbitraje del 2008 es considerada una de las leyes de arbitraje más modernas del mundo. Fue trabajada sobre la base de la Ley Modelo Uncitral de Arbitraje Comercial Internacional (versión 2006) y la Ley de Arbitraje española (2003), pero se revisaron las legislaciones y los reglamentos arbitrales más importantes del mundo, así como la reciente jurisprudencia internacional y la propia experiencia local, a fin de proponer un marco legal eficiente.⁸

Entre sus principales características está el hecho de que con ella se reforzó el carácter autónomo del arbitraje respecto de la jurisdicción ordinaria, como de las reglas procesales comunes, protegiéndolo de intervenciones judiciales innecesarias y reconociéndolo como una institución que tiene sus propios principios y reglas.

⁸ RUBIO GUERRERO, Roger. *Op. cit.*, p. 254.

Los artículos de esta ley están dedicados a regular principalmente los siguientes puntos:

1. La competencia de los árbitros.
2. Consagran el recurso de anulación, evitando el uso de recursos anteriores al laudo.
3. Restringen la intervención judicial en determinados supuestos para facilitar el desarrollo del arbitraje.
4. Puede regir tanto el arbitraje internacional como el arbitraje nacional, con la finalidad de acercarlo a estándares internacionales.

El Decreto Legislativo n.º 1071 ha sido pasible, hasta la actualidad, de una única modificación por el Decreto Legislativo n.º 1231, publicado el 26 de setiembre de 2015. De este modo, se modificó el artículo 20 referente a la capacidad del árbitro y el artículo 28 sobre los motivos de abstención y de recusación de éstos.

La dación de estas modificatorias tuvo como principal motivo el de fortalecer la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado e intentar prevenir que se cometan fraudes y se afecte contra el derecho de terceros, sin necesidad de desnaturalizar la institución arbitral y la función registral, y de esta manera frenar o evitar el uso indebido del arbitraje.

3. EL ARBITRAJE SEGÚN LA ANTIGUA Y ACTUAL LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO

El desarrollo del arbitraje en el Perú ha representado un fenómeno único en América Latina, pues no existe otro país en nuestro continente en donde esta institución haya tenido un desarrollo tan vertiginoso.

Una de las principales características que resalta cuando hablamos de arbitraje en materia de contratación pública es la obligatoriedad de

recurrir a la vía arbitral para resolver las controversias que surjan de contratos celebrados con el Estado.

Es con la antigua Ley n.º 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que se introdujo por primera vez la obligatoriedad de recurrir a un proceso conciliatorio o arbitral para resolver controversias referidas a la ejecución o interpretación del contrato.

En ese sentido, debemos señalar que la obligatoriedad de arbitrar por disposición legal sí existe en el Perú desde hace más de dos décadas y la principal muestra de ello es que la Ley de Contrataciones del Estado ha establecido con carácter obligatorio que las controversias derivadas de la ejecución de contratos con el Estado sean resueltas a través de un arbitraje, sin que exista posibilidad alguna de que esta función pueda ser realizada por los órganos jurisdiccionales; así, si por casualidad se presentase ante el juez natural alguna controversia sobre la ejecución de un contrato administrativo, fácilmente éste sería derivado al arbitraje, vía los remedios procesales que existen dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como las excepciones.

Entonces, nos encontramos frente a dos tipos de clasificación del arbitraje, *el voluntario y el obligatorio o forzoso*⁹. Este último es el que se aplica a los contratos celebrados por el Estado, arbitraje por disposición legal obligatoria, no siendo posible la negociación en contrario.

En el año 2008 entró en vigencia la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que estableció por primera vez, en su artículo 41 cómo una de las cláusulas obligatorias en los contratos que regula, la de solución de controversias, estableciendo: «[...] cuando en la ejecución o interpretación de un contrato surja entre las partes una discrepancia,

⁹ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. «El arbitraje del Estado peruano». *Ius Et Veritas*. Lima, 2011, n.º 43, p. 145. Disponible en <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12057>>. Consultado el 9 de enero de 2019.

ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes».

La Ley de Contrataciones del Estado ha sido objeto de varias modificaciones durante estos últimos años, siendo la última el Decreto Legislativo n.º 1444, que modifica la Ley n.º 30225.

De una revisión de todas estas leyes se puede advertir el carácter obligatorio de recurrir al arbitraje. Se introduce al arbitraje de manera obligatoria como mecanismo de solución de controversias en todos los conflictos suscitados a raíz de los contratos que el Estado celebra con particulares para la adquisición de bienes y servicios o ejecución y supervisión de obras.

Se puede observar que fueron ciertas características de la justicia ordinaria las que sirvieron de incentivo para que el propio legislador asuma que la vía arbitral es la más adecuada que la propia justicia ordinaria, ya que, como lo referimos líneas arriba, uno de los principales motivos era la duración excesiva de los procesos judiciales relativos a las contrataciones públicas y a la especialización de los magistrados para resolver este tipo de controversias.

Entonces, la cláusula de resolución de controversias (que incluye al arbitraje) debe ser incluida necesariamente, y bajo responsabilidad, en todos los contratos que celebre el Estado referidos a la adquisición de bienes, servicios u obras.

Frente a esta situación, podemos concluir que nos encontramos ante un panorama único, comparado a la legislación de otros países. Comúnmente el arbitraje es voluntario cuando las partes en conflicto deciden someter la decisión a un tercero neutral. Esto es la esencia del arbitraje, ya que parte de una manifestación de confianza a la capacidad y aptitudes del árbitro. La figura tradicional del arbitraje o del convenio arbitral implica que éste sea pactado voluntariamente por las partes. Por

el contrario, en el caso de las contrataciones públicas, el arbitraje es una imposición de la propia ley y su inclusión en cada contrato es obligatoria. Esto no quiere decir que se pierda la esencia de voluntariedad del arbitraje, ya que será dentro proceso que las partes tendrán flexibilidad para acordar ciertos parámetros, como los plazos de presentación de los escritos de demanda y contestación, etcétera. Es decir, si bien el mecanismo es obligatorio su contenido aún se mantiene flexible y dependerá de lo que puedan pactar las partes.

Una de las razones que ha tratado de justificar la obligatoriedad del arbitraje en este tipo de controversias es que detrás de la solución de conflictos derivados de la ejecución de un contrato con el Estado se encuentra la satisfacción de un interés eminentemente público. Otros, sin embargo, indican que no se está ante un auténtico arbitraje.

Dentro de los principales cambios que podemos observar con las últimas modificaciones instauradas por el Decreto Legislativo n.º 1444, el cual modifica la Ley n.º 30225, y el Decreto Supremo n.º 344-2018-EF, que deroga el antiguo Reglamento de Contrataciones con el Estado (Decreto Supremo n.º 350-2015-EF), son las que detallaremos en las líneas siguientes.

Antes de ello, resulta interesante destacar que actualmente el artículo 45 de la nueva Ley de Contrataciones con el Estado, referido a «Medios de solución de controversias de la ejecución contractual», se encuentra dividido en 36 numerales, manteniendo lo extensivo de su regulación con relación a la ley anterior.

Resulta interesante destacar la postura del abogado Renzo Seminario Córdova, en su artículo denominado «Y ahora, ¿quién podrá defendernos? Yo, el señor legislador: a propósito de los cambios en la Ley de Contrataciones», donde indica:

El 8 de julio de 2014 se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley n.º 30225, la nueva Ley de Contrataciones del Estado que entrará en vigencia luego de que se publique su reglamento.

Cuando revisamos por primera vez la norma, nos sorprendió que el artículo referido a solución de controversias (artículo 45) tuviera 33 párrafos y 3 páginas: sin duda, uno de los artículos más extensos que hemos visto, casi al nivel de un capítulo del Código Civil.

Recordemos que la primera vez que se reguló el tema de solución de controversias, con la Ley n.º 27330 que modificó la Ley n.º 26850, el artículo tenía únicamente 4 párrafos. Luego, con el Decreto Supremo n.º 012-2001-PCM y 084-2004-PCM, pasó a tener 7 párrafos. Más adelante, con el Decreto Legislativo n.º 1017, tuvo 8 párrafos; para luego tener 16 párrafos con la Ley n.º 29873 del 1 de julio de 2012.

Como vemos, hemos pasado de tener un artículo sobre solución de controversias de 4 párrafos, a tener uno de 33 párrafos. ¿Por qué esto? ¿Por qué tanta regulación? ¿Qué problema ha querido solucionar el legislador con tantas nuevas disposiciones y a partir de que lo ha hecho?¹⁰

La teoría indicada por el referido autor es que el legislador ha querido, en casi todos los casos, subsanar la mala estrategia procesal de las entidades en los arbitrajes. Es decir, a partir de la experiencia arbitral de las entidades, el legislador ha querido «ayudar» a éstas para que no presenten defensas manifiestamente improcedentes y para que no se expongan a situaciones innecesarias durante las actuaciones arbitrales.

¹⁰ SEMINARIO CÓRDOVA, RENZO. *Y ahora, ¿quién podrá defendernos? Yo, el señor legislador: a propósito de los cambios en la Ley de Contrataciones*. Disponible en <http://www.camposabogados.pe/SISGE_ARTICULOS/uploads/articles/Y_ahora_qui%C3%A9n_podr%C3%A1_defendernos_-_Renzo_Seminario_C%C3%B3rdova__2015-12-29_22-08-39.pdf>. Consultado el 9 de enero de 2019.

Ello podría, sin lugar a afirmaciones contundentes, indicar que el legislador ha dedicado gran parte de la redacción de dicho artículo para afinar las bases del proceso arbitral de manera rigurosa y hasta un poco sobredimensionada, de cada punto sobre el cual deberán transcurrir durante el arbitraje, a fin de no dejar cabos sueltos que impliquen problemas o «dolores de cabeza» durante el desarrollo de éstos.

Ahora, respecto a la nueva Ley de Contrataciones con el Estado, Decreto Legislativo n.º 1444, podemos observar ciertos cambios de significancia:

- 1) La eliminación de la obligatoriedad del arbitraje institucional. Se indica que en el Reglamento se pondrán los supuestos en los cuales se puede recurrir a un arbitraje *ad hoc*.
- 2) La incorporación de la disposición que indica que el inicio del procedimiento de solución de controversia no suspende ni paraliza las obligaciones contractuales de las partes.
- 3) La eliminación del supuesto que los arbitrajes institucionales debían realizarse en instituciones arbitrales *acreditadas*, conforme a lo dispuesto en la directiva que se aprobaría por el OSCE. En la práctica, dicha acreditación nunca se llevó a cabo.
- 4) Se mantiene el estudio del análisis costo-beneficio para el inicio de un procedimiento arbitral, poniendo énfasis en el apoyo de las dependencias técnicas y legales e, incluso, con opinión de las procuradurías públicas.
- 5) Requisito obligatorio para los árbitros designados por el Estado: estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el OSCE. Asimismo, para la designación residual del presidente del tribunal arbitral en una institución arbitral o

ad hoc, el árbitro a designarse debe estar inscrito en el referido Registro Nacional de Árbitros.

- 6) Análisis de costo-beneficio para interponer recursos de anulación de laudos.
- 7) Eliminación del numeral 45.11, el cual señalaba que los medios de solución de controversias se desarrollan en cumplimiento del principio de transparencia.

4. EL ARBITRAJE *AD HOC* Y EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

Podemos definir al arbitraje institucional como aquél que se encuentra organizado y administrado por una institución arbitral o centro de arbitraje, sometiéndose las partes a los reglamentos vigentes de cada institución.¹¹ El arbitraje *ad hoc* puede ser definido como aquel proceso arbitral que es administrado y organizado por los propios árbitros según los parámetros que establezcan de acuerdo a Ley de Arbitraje.¹²

*En términos generales, podemos definir al arbitraje institucional como aquél que es organizado y administrado por una institución arbitral, y al arbitraje ad hoc como aquél que es administrado por los propios árbitros de acuerdo a las reglas procedimentales que se establezcan de conformidad con la Ley de Arbitraje.*¹³

¹¹ GUERINONI ROMERO, Pierina Mariela. *Op. cit.*, p. 11.

¹² GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César y ZÚÑIGA MARAVÍ, Rigoberto. «Arbitraje institucional en la contratación pública». *Derecho & Sociedad*. Lima, 2015, n.º 44, p. 239. Disponible en <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14406>>. Consultado el 9 de enero de 2019.

¹³ GUERINONI ROMERO, Pierina Mariela. «Arbitraje del Estado: ¿*ad hoc* o institucional?». *Revista de Arbitraje PUCP*. Lima, 2011, n.º 1, p. 11. Disponible en <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/9353>>. Consultado el 8 de enero de 2019.

En el arbitraje institucional interviene como administrador del arbitraje un centro de arbitraje; para ello, dicha institución arbitral debe contar, mínimamente con lo siguiente:¹⁴

1. Un Reglamento vigente en el cual se establezcan los principales parámetros del proceso, con la finalidad de generar predictibilidad en las partes de cómo se administrará el proceso.
2. Tarifario de honorarios arbitrales y gastos administrativos del centro de arbitraje, ello con la finalidad de que las partes tengan la información económica necesaria antes de iniciar el proceso para evaluar los gastos en los que incurrirán.
3. Un Código de Ética, a fin de evaluar las actuaciones de los árbitros y del personal del centro que administrará el proceso arbitral.
4. Una nómina o lista de árbitros seleccionados por la propia institución arbitral que sirva de referente para las partes en los supuestos que les corresponda (para su designación por las partes o en caso de omisión por parte del propio centro arbitral).
5. Una adecuada organización que haga cumplir la normativa correspondiente. (corte, junta, secretaría general de arbitraje, etcétera).
6. Adecuados instrumentos y soportes logísticos para el correcto desarrollo de las audiencias, actuaciones arbitrales, notificaciones, entre otros.
7. Un local o domicilio fijo que cuente con un predeterminado horario de atención, esto con el fin de que las partes tengan la

¹⁴ *Idem*, p. 12.

información necesaria para hacer valer el derecho de defensa y el correcto derecho al debido proceso.

Por su parte, el arbitraje *ad hoc* no cuenta con dichas características, dependiendo de lo propiamente establecido por el tribunal arbitral, por lo que podemos enumerar cuáles serían los rasgos que se definirían a comparación del arbitraje institucional:¹⁵

1. Reglas inciertas, dado que serán los árbitros quienes definirán cuáles serán las reglas del proceso, no existiendo la posibilidad de conocerlas de antemano. Dichas reglas son determinadas de manera discrecional por los árbitros.
2. Costos inciertos, esto debido a que no existen los parámetros ciertos para determinar con anticipación la correcta liquidación de los costos arbitrales. Asimismo, será el tribunal arbitral el que será juez y parte frente a los reclamos que pudieran surgir frente a este tema.
3. Regulaciones de reglas éticas generales y sanciones difusas, si bien la OSCE cuenta con un Código de Ética para este tipo de casos, resulta en la práctica complicado realizar el control en todos aquellos tribunales *ad hoc* que puedan originarse en el país.
4. Carecen de soporte institucional, ya que serán los tribunales arbitrales quienes se desempeñarán como los únicos entes que administrarán el proceso; asimismo, contratan a un tercero que se desempeñará como secretario arbitral *ad hoc*.

¹⁵ GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César y ZÚÑIGA MARAVÍ, Rigoberto. *Op. cit.*, p. 240.

5. Soporte logístico y local o domicilio incierto, lo que, eventualmente, pueda ocasionar que no existan garantías ciertas para el respeto al debido proceso.
6. Asimismo, la función del tribunal arbitral *ad hoc* culminará cuando emitan la decisión final (laudo), por lo que luego de ello podría ser complicado realizar un control posterior a dichas actuaciones.

4.1. ¿Cuál de los dos tipos de arbitraje resulta más eficiente?

Existen posiciones encontradas y es tema recurrente de debate académico. En este compendio no queremos tomar partido por uno u otro, simplemente queremos dejar sobre la mesa, las características, beneficios o defectos de cada uno. Nuestra premisa es la de optar por un tipo de arbitraje que no permita el ingreso de situaciones que involucren malas prácticas y que mermen la buena imagen del arbitraje. Sin embargo, es importante destacar lo siguiente:

En este sentido es evidente que el arbitraje *ad hoc* tiene muchos problemas, entre los cuales se encuentra la falta de control de los árbitros y del proceso. Es necesario, entonces, que los arbitrajes del Estado se concentren en instituciones arbitrales que puedan ser controladas por el Estado. Es por todo lo expuesto que consideramos imperioso una reforma legislativa que atienda decididamente la falta de transparencia en el arbitraje y, en consecuencia, establezca la preeminencia del arbitraje institucional frente al arbitraje *ad hoc* en la contratación pública.¹⁶

El artículo 225.3 del nuevo Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo n.º 344-2018-EF, que modifica el Reglamento de la Ley n.º 30225, posibilita recurrir al arbitraje *ad hoc* si el monto contractual no excede los cinco millones de soles

¹⁶ *Idem*, p. 243.

(S/. 5'000,000.00). En el anterior Reglamento se señalaba que únicamente se podía recurrir al arbitraje *ad hoc* cuando el monto contractual no excedía las veinticinco (25) UIT, es decir que el monto del contrato no debía sobrepasar el monto total de ciento cinco mil soles (S/. 105,000.00) aproximadamente.

5. ÚLTIMOS COMENTARIOS Y/O CONCLUSIONES

El arbitraje es un mecanismo de resolución de conflictos que ha tenido su apogeo en los últimos años, siendo su naturaleza de tipo contractual como jurisdiccional, ya que nace por medio de un convenio arbitral y su decisión final (laudo) tiene carácter jurisdiccional y obligatorio para las partes.

A pesar de las diversas modificaciones que ha tenido el marco normativo sobre contrataciones con el Estado, se ha mantenido el carácter obligatorio de recurrir a la vía arbitral para resolver las controversias surgidas por la resolución, interpretación o ejecución del contrato.

Contamos con una Ley General de Arbitraje moderna que regula eficientemente este tipo de mecanismo de solución de controversias. Dicho marco normativo no ha sufrido muchos cambios en los últimos años; en comparación con la regulación del arbitraje en contrataciones con el Estado, el cual se encuentra exhaustivamente reglado.

Recomendamos el uso de buenas prácticas en el arbitraje, sea éste institucional o *ad hoc*.

Por último, reconocemos que en los últimos años el arbitraje en contratación pública ha ido creciendo y desarrollándose, constituyendo un enorme porcentaje de los arbitrajes en el Perú. Asimismo, reconocemos que en atención a las disposiciones legales, la mayoría de estos arbitrajes optan por ser institucionales; sin embargo, con las modifica-

ciones recientemente introducidas existe la potencialidad de recurrir a arbitrajes *ad hoc*.

A pesar de todo el desarrollo, consideramos que existe aún mucho camino por recorrer respecto al arbitraje, aún existen arraigadas malas prácticas, o continúa la tendencia de «judicializar el arbitraje», por tanto, queda pendiente instruir aún a muchos funcionarios públicos, abogados, estudiantes, personal involucrado en obras y/o servicios públicos, sobre los procesos de arbitraje y sus beneficios y características más inherentes. Esperamos que con este sencillo texto podamos contribuir con ello.

MANUAL DE ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA
PRIMERA PARTE
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
JULIO DEL 2019, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795
LIMA 18, PERÚ

