

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

ANÁLISIS DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa

AUTOR

Luz María Lorena Guillén Vales

ASESOR

Derik Roberto Latorre Boza

JURADO

Hebert Eduardo Tassano Velaochaga

Derik Roberto Latorre Boza

Alejandro Martín Moscol Salinas

LIMA – PERÚ

2013

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA COMO FUENTE DE OBLIGACIONES.....	4
1. CONCEPTO.	4
2. REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.	9
3. TRATAMIENTO EN EL DERECHO EXTRANJERO.	11
3.1. <i>Chile</i>	11
3.2. <i>Argentina</i>	12
3.3. <i>España</i>	13
3.4. <i>Italia</i>	14
4. TRATAMIENTO DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO. 15	
EL ENRIQUECIMIENTO SIN CASUSA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU CONFIGURACIÓN EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO.	18
1. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	18
1.1. PRINCIPIOS QUE RESPALDAN QUE SE PRETENDA EVITAR EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. 21	
1.2. EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DEL CONTRATO..... 24	
2. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA LEGÍTIMA EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO.....	27
2.1. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA PROVENIENTE DE LA NULIDAD DEL CONTRATO CUYAS PRESTACIONES SE HAN EJECUTADO TOTAL O PARCIALMENTE. 28	
2.2. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA COMO CONSECUENCIA DE LA EJECUCIÓN DE PRESTACIONES ADICIONALES SIN QUE SE CUENTE CON LA AUTORIZACIÓN PREVIA QUE CORRESPONDA DE ACUERDO A CADA CASO. 32	
2.3. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA OCASIONADO POR LA ADQUISICIÓN DE BIENES O SERVICIOS SIN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO RESPECTIVO. 38	
EL ARBITRAJE COMO VÍA DE RECLAMO PARA EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.....	42
EL PAGO DIRECTO POR LAS PRESTACIONES EJECUTADAS.....	56
1. EL PAGO DERIVADO DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL PROVENIENTE DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.....	56
2. PAGO SIN UTILIDADES.	60
CONCLUSIONES.....	65
BIBLIOGRAFÍA.....	68

INTRODUCCIÓN

Para la adquisición de bienes, contratación de servicios y ejecución de obras, las entidades públicas comprendidas en el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184 -2008-EF, realizan procesos de selección que dependerán del objeto de la contratación y la cuantía.

Como resultado del proceso de selección, la entidad otorga la buena pro a un proveedor del Estado, con quien corresponderá formalizar una relación contractual, ya sea a través de la suscripción de un contrato o de la recepción de una orden de compra o de servicio, no siendo posible esta última alternativa para los casos de obras.

La formalización de la relación contractual o perfeccionamiento del contrato genera un conjunto de obligaciones para las partes, las mismas que deben ser cumplidas con la finalidad de conservar el equilibrio económico del contrato. Sin embargo, cuando las entidades públicas contratan para la adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras, existen acciones u omisiones que podrían generar el

enriquecimiento sin causa a su favor, con el consecuente empobrecimiento del proveedor.

Desafortunadamente, es común que en el quehacer diario del Estado se presenten casos en los que los funcionarios públicos, por sus recargadas labores diarias, por su ineficiencia, o por desconocimiento realicen contrataciones que prescinden de las formalidades legales aplicables. Esto genera que los proveedores entreguen bienes, presten servicios o ejecuten obras con el riesgo de que no vayan a recibir el pago respectivo, actuando en muchos casos con buena fe y confianza.

De igual modo, se dan casos en los que, habiéndose contratado válidamente, el Estado requiere contratar complementariamente o requiere la ejecución de prestaciones adicionales, las cuales se concretan sin que se hayan realizado los procedimientos de Ley, o sin que se cuenten con las aprobaciones respectivas, ni los documentos sustentatorios que corresponden.

Asimismo, se han presentado casos en los que, existiendo un contrato suscrito, la entidad dispone que se declare la nulidad de oficio del mismo, por alguna de las causales previstas en la Ley, aún cuando ya se han ejecutado total o parcialmente las prestaciones a cargo del proveedor. En algunos casos, podría tratarse de una actuación de mala fe por parte del proveedor que podría ser sancionada por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

En todos los casos previamente descritos, la entidad pública está ante una situación en la que no cuenta con un documento de respaldo que le permita sustentar el pago que le corresponde realizar a favor del proveedor; pero corresponde tener presente que el Derecho no ampara el enriquecimiento sin causa, por lo que la entidad está obligada a reconocer y pagar el precio de las prestaciones ejecutadas por el proveedor, para lo que las partes podrán recurrir a un arbitraje, con la finalidad de que un tribunal arbitral resuelva la controversia; o, se podrá realizar el pago directo, lo que permitirá el ahorro de recursos,

especialmente por parte del Estado, ya que al tratarse de recursos públicos, estos deben ser especialmente cuidados, con el mayor celo y eficiencia.

Para demostrar nuestra hipótesis, en torno al pago directo por las prestaciones ejecutadas por el proveedor para evitar el enriquecimiento sin causa, hemos dividido el presente trabajo en cuatro secciones. La primera sección comprende un breve repaso acerca del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones, teniendo en cuenta el concepto, los requisitos para su configuración y el tratamiento de esta figura en el derecho extranjero.

En la segunda sección, trataremos acerca del enriquecimiento sin causa en la Administración Pública y su configuración en las contrataciones del Estado, para lo que analizaremos tres casos frecuentes que en la práctica pueden generar el enriquecimiento sin causa.

En la tercera sección, analizaremos el arbitraje como vía de reclamo para el enriquecimiento sin causa; y, finalmente, en la cuarta sección, trataremos sobre la conveniencia del pago directo por las prestaciones ejecutadas, analizando si el pago debe realizarse con o sin utilidades.

Sección I

El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones.

1. Concepto.

Es común que en los contratos, cada una de las partes busque la máxima ganancia o utilidad. Ello implica que una de las partes se enriquezca a expensas de la otra, pues resulta casi imposible la perfecta equivalencia de las prestaciones a cargo de cada una de las partes contratantes.

Sobre el particular, Abeliuk señala que es difícil en la práctica que resulte una equivalencia absoluta en las prestaciones, ya que cada parte busca una ganancia o utilidad; y, en consecuencia, en la vida comercial y jurídica hay un constante enriquecimiento de los patrimonios a costa de otros, pero no por ello el legislador está obligado a intervenir, ya que si lo hiciera se haría imposible la vida jurídica y todos los actos jurídicos podrían ser atacados por no haberse obtenido exacta equivalencia entre lo que unos y otros reciben¹.

¹ ABELIUK MANASEVICH, René. *Teoría del enriquecimiento sin causa*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 191. Consulta: 11 de julio de 2011.
<<http://s3.amazonaws.com>>

Para Ojeda, el enriquecimiento indebido es aquel hecho lícito de carácter civil que implica la transferencia de valores sin causa legítima de un patrimonio a otro y que genera una relación jurídica obligatoria de restitución a favor de quien transmitió dicho valor patrimonial sin estar obligado jurídicamente a ello².

En la bibliografía consultada se trata de manera similar al enriquecimiento sin causa, enriquecimiento indebido y enriquecimiento injusto; sin embargo, para Cabanellas, es distinto hablar del enriquecimiento injusto que del enriquecimiento sin causa, a los que define de manera separada.

Según Cabanellas, el enriquecimiento injusto es el que se logra ilícitamente o mediante el abuso de circunstancias personales o de otra especie en tratos o convenios; asimismo, señala que, aunque agravado por el proceder, su encuadramiento coincide, en los aspectos de ineficacia, con los del enriquecimiento sin causa; pero con posible adición de indemnizaciones por lo doloso, y hasta de penas por lo delictivo³.

El mismo Cabanellas, señala que el enriquecimiento sin causa es el aumento del patrimonio de un sujeto con empobrecimiento del patrimonio de otro y sin amparo de las normas legales ni en los convenios ni actos privados. De igual modo, señala que la doctrina jurídica suele incurrir en un descuido técnico que consiste en considerar injusto todo enriquecimiento sin causa; pero que dicha afirmación peca cuando menos de apresurada; y que si todo enriquecimiento sin causa adolece de inequitativo en lo económico, puede no suceder lo mismo en el campo jurídico; por ejemplo, cuando no solamente hay error en quien paga sin ser deudor, sino

² OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la C. *Derecho de Obligaciones. En: Selección de Guías de Estudio: Derecho*. Cuba: Editorial Universitaria, 2011, p.5., Consulta: 12 de julio de 2011, <<http://site.ebrary.com/lib/bibliotecapucpsp/Doc?id=10472866&ppg=5>> (acceso sólo desde la biblioteca virtual de la PUCP)

³ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo III. Edición 26, Heliasta, Buenos Aires, 1998, p. 469.

confusión en el acreedor que, por apariencias u otras circunstancias, creyó que se satisfacía su crédito⁴.

Entonces, Cabanellas considera al enriquecimiento injusto dentro del enriquecimiento sin causa, señalando además que en otros tiempos al enriquecimiento injusto se le conocía como enriquecimiento torticero⁵. Díez – Picazo señala que torticero es lo que resulta de un tuerto o entuerto y que tuerto es precisamente el hecho antijurídico causante de un daño que se debe indemnizar⁶. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española las palabras tuerto y entuerto significan el agravio que se hace a alguien⁷.

Cabanellas describe como casos característicos de enriquecimiento sin causa al cobro de lo indebido, a la lesión en los contratos onerosos, la gestión de negocios ajenos, el trabajo no pagado por quien lo recibe, las valoraciones patrimoniales por obra ajena o fortuita, los hallazgos, entre otros⁸.

De acuerdo a Cabanellas entran en los enriquecimientos sin causa válida y con causa viciosa todos los delitos que afectan el patrimonio ajeno, desde el robo y hurto a la estafa y otros engaños; pero, según señala, aunque se esté ante un enriquecimiento y carente de origen legítimo, las fortunas amasadas con fraude y explotación no se

⁴ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo III. Edición 26, Heliasta, Buenos Aires, 1998, p. 469.

⁵ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo III. Edición 26, Heliasta, Buenos Aires, 1998, p. 469.

⁶ DIEZ – PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988, p.19.

⁷ *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, vigésima segunda edición. Consulta: 25 de noviembre de 2011.
< http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=entuerto >

⁸ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo III. Edición 26, Heliasta, Buenos Aires, 1998, p. 470.

encuadran en la denominación jurídica que nos ocupa, sino en otra de repulsa social, que es perseguible ante la jurisdicción penal⁹.

Oramas nos proporciona una clara definición del enriquecimiento sin causa cuando dice que puede suceder que la transformación operada en el patrimonio de una persona; es decir, el enriquecimiento, no esté sustentado en causa o razón permitida por la ley, habiendo ocurrido además a costa y a perjuicio de otra persona, lo que origina el enriquecimiento sin causa, que a su vez genera obligaciones con la finalidad de evitar el enriquecimiento de una persona sin la justificación jurídica para su incremento patrimonial¹⁰.

Otra importante definición nos la proporcionan Peralta Andía y Peralta Zecenarro cuando dicen:

“En sentido amplio, la doctrina general conceptúa el enriquecimiento sin causa o injusto, como una fuente autónoma de las obligaciones, además de los contratos y de los delitos, que consiste en un enriquecimiento injusto cuando una persona recibe algo del patrimonio de otra sin causa jurídica (...)”¹¹.

Para Castillo y Molina, el enriquecimiento sin causa es un remedio excepcional que pretende amparar los casos que pasaron inadvertidos por el legislador y que generan que los afectados no encuentren remedio legal que los ampare; y que 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 dicho supuesto a través de la acción por enriquecimiento sin causa para

⁹ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo III. Edición 26. Heliasta, Buenos Aires, 1998, p. 470.

¹⁰ ORAMAS GROSS, Alfonso. *El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones*. Edino, Bogotá, 1988, p.51.

¹¹ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando y PERALTA ZECENARRO, Nilda. *Fuente de las Obligaciones en el Código Civil*, Idemsa, Lima, 2005, p.737.

que el perjudicado obtenga el restablecimiento patrimonial que le corresponde¹².

Para nosotros es importante diferenciar enriquecimiento injusto, indebido o injustificado, considerando que, partiendo del significado de las palabras injusto, indebido e injustificado tendríamos enriquecimientos de distinta índole.

El enriquecimiento injusto es aquel que es producto de una injusticia; es decir, que se ha producido porque no se le ha dado a la contraparte lo que le corresponde o le pertenece¹³.

De otro lado, el enriquecimiento indebido puede ser definido como aquel que es ilícito, injusto y falta de equidad¹⁴, por el significado que le otorga el diccionario a la palabra indebido; pero para nosotros el enriquecimiento indebido es aquel que es contrario a lo debido; es decir, al Derecho; es aquel enriquecimiento que se ha producido como consecuencia del incumplimiento de normas legales vigentes.

Finalmente, entendemos por enriquecimiento injustificado a aquel enriquecimiento que no cuenta con el sustento respectivo; es decir, causa, motivo o razón que lo ampare.

Por lo señalado previamente, consideramos que no es exactamente lo mismo hablar de enriquecimiento injusto, indebido e injustificado; pero que el uso indiscriminado que se les da a tales conceptos se debe a su similitud. En tal sentido, concluiremos señalando que a lo

¹² CASTILLO FREYRE, Mario y MOLINA AGUÍ, Giannina, *"Tienes más, tengo menos. Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del enriquecimiento sin causa"*. En: Jus Doctrina & Práctica, N° 2, Lima, 2009, p. 197.

¹³ *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, vigésima segunda edición. Consulta: 09 de enero de 2012.
< http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=injusticia >

¹⁴ *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, vigésima segunda edición. Consulta: 09 de enero de 2012.
< http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=indebido >

largo del presente trabajo, utilizaremos el término enriquecimiento sin causa, por ser éste el que está contenido en el Código Civil peruano, aunque algunos autores a los que citaremos más adelante se refieran a esta figura como enriquecimiento injusto, indebido o injustificado.

Con sólo tener claro el concepto del enriquecimiento sin causa, ya podemos tener una idea muy clara de los requisitos de su configuración, lo que será materia del siguiente tema de esta sección.

2. Requisitos para la configuración del enriquecimiento sin causa.

De acuerdo al concepto proporcionado líneas arriba, podemos señalar que para la configuración del enriquecimiento sin causa se requiere la existencia de por lo menos dos partes (el que se enriquece y el que se empobrece) y que el incremento patrimonial de uno de ellos se produzca a consecuencia del desmedro del patrimonio del otro sin que exista una causa legalmente sustentada.

Peralta Andía y Peralta Zecenarro señalan que para que se produzca el enriquecimiento sin causa se requiere la existencia del enriquecimiento propiamente dicho, el empobrecimiento, la causalidad y la falta de causa lícita¹⁵.

En cuanto al enriquecimiento, dichos autores señalan que este se debe entender como cualquier beneficio patrimonial, que puede darse a consecuencia de una adquisición de bienes, en el aumento del valor

¹⁵ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando y PERALTA ZECENARRO, Nilda. *Fuente de las Obligaciones en el Código Civil*, Idemsa, Lima, 2005, pp.740- 741.

de los bienes preexistentes o en la extinción de una deuda o en el ahorro de un gasto¹⁶.

Con relación al empobrecimiento, los referidos autores dicen que este consiste en toda disminución en el patrimonio del accionante o la existencia de una desventaja económica, que puede ser por la pérdida efectiva de bienes o por la pérdida de trabajo, o la pérdida de tiempo¹⁷.

Acerca de la causalidad, Peralta Andía y Peralta Zecenarro opinan que es indispensable el lazo causal para que se configure el enriquecimiento sin causa, ya que este supuesto explica que el empobrecimiento de uno es la causa del enriquecimiento del otro¹⁸.

Dicho de otra manera, podríamos decir que el enriquecimiento de uno debe generar el empobrecimiento de otro para que se produzca el enriquecimiento sin causa en esa relación; es decir, se requiere que ambos sucesos sean correlativos.

Finalmente, sobre la falta de causa lícita, los referidos autores señalan que cuando se habla de causa, se alude al título, al acto o al hecho jurídico que justifique la adquisición de un valor patrimonial, constituyendo títulos, por ejemplo, un contrato, la gestión de negocios, los hechos lícitos, etc.¹⁹.

Entonces, según Peralta Andía y Peralta Zecenarro:

¹⁶ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando y PERALTA ZECENARRO, Nilda. *Fuente de las Obligaciones en el Código Civil*, Idemsa, Lima, 2005, p.740.

¹⁷ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando y PERALTA ZECENARRO, Nilda. *Fuente de las Obligaciones en el Código Civil*, Idemsa, Lima, 2005, pp. 740-741.

¹⁸ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando y PERALTA ZECENARRO, Nilda. *Fuente de las Obligaciones en el Código Civil*, Idemsa, Lima, 2005, p.741.

¹⁹ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando y PERALTA ZECENARRO, Nilda. *Fuente de las Obligaciones en el Código Civil*, Idemsa, Lima, 2005, p.741.

*"Nadie puede enriquecerse injustamente sin que medie una justa causa en detrimento de otro. En virtud de tal principio aquél que experimente un incremento en su patrimonio indebidamente está obligado a restablecer ese desequilibrio restituyendo el valor del enriquecimiento. Correlativamente, surge para el empobrecido una acción en su favor para obtener o reclamar dicha restitución"*²⁰.

3. Tratamiento en el derecho extranjero.

3.1. Chile.

Según señala Abeliuk, el Código Civil chileno, por la época de su promulgación y su inspiración, no reglamentó el enriquecimiento sin causa, por lo que no hay disposición específica como en otros códigos extranjeros que lo contemple como regla general o lo mencione; sin embargo, existen numerosas instituciones y soluciones legislativas que están inspiradas en él como es el caso de las prestaciones mutuas, la accesión, la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno, la nulidad de los actos de un incapaz y la teoría de las recompensas en la sociedad conyugal²¹.

De acuerdo a lo expresado por Abeliuk, el principio en estudio penetra ampliamente en todo el Código Civil chileno, y de ahí la tendencia predominante hoy en día a reconocer que los casos expresamente legislados no son sino aplicación específica de una regla general no establecida en términos formales, pero implícita en la ley. También señala Abeliuk que la jurisprudencia se inclina a darle una aplicación amplia al enriquecimiento sin causa, haciendo innecesaria su introducción por la vía de la reforma legislativa.

²⁰ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando y PERALTA ZECENARRO, Nilda. *Fuente de las Obligaciones en el Código Civil*, Idemsa, Lima, 2005, p.735.

²¹ ABELIUK MANASEVICH, René. *Teoría del enriquecimiento sin causa*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 193-195. Consulta: 11 de julio de 2011.
<<http://s3.amazonaws.com>>

3.2. Argentina.

Según Moisset, el enriquecimiento sin causa debe ser considerado en la actualidad como una fuente autónoma de obligaciones; pero, el Código Civil argentino, a diferencia de otros códigos como el alemán, el suizo, el italiano o el portugués, no ha sistematizado los preceptos que tienen conexión con el enriquecimiento sin causa; y, por el contrario, contiene disposiciones aisladas que se encuentran a lo largo del Código y constituyen aplicaciones de este principio, lo que permite afirmar su vigencia en el Derecho argentino; pero, este no lo ha consagrado de manera expresa²².

El mismo autor señala que el fundamento de las acciones que emergen del enriquecimiento sin causa es de carácter marcadamente ético²³, lo cual resulta de trascendental importancia para los temas que pretendemos abordar en el presente trabajo, ya que la ética es fundamental en el ejercicio de la función pública y por ende en las contrataciones del Estado.

Para el mismo Moisset, la expresión enriquecimiento sin causa es insuficiente, pues debería ser completada y quedar como enriquecimiento sin causa legítima, debido a que podría causar confusión porque todo enriquecimiento tiene una causa que lo origina, sólo que en algunos casos dicha causa no es justa o se trata de una causa ilegítima²⁴. Concordamos con la posición de Moisset, pues pensamos que mientras más claros sean los términos que se utilicen se podrá evitar confusiones en su conceptualización y aplicación.

²² MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Curso de Obligaciones*, Zavalia, Buenos Aires, 2004, p. 303.

²³ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Curso de Obligaciones*, Zavalia, Buenos Aires, 2004, p. 303.

²⁴ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Curso de Obligaciones*, Zavalia, Buenos Aires, 2004, p. 307.

Entonces, de acuerdo a lo señalado por Moisset, el enriquecimiento sin causa no sólo abarca el pago por error y el pago sin causa, sino también otras situaciones en las que no hay pago²⁵.

Siendo así, cuando un sujeto realice prestaciones a favor de otro y este no realice el pago respectivo, independientemente de las causas que generaron la falta de pago, el segundo sujeto se habrá enriquecido sin causa, correspondiéndole legal y éticamente realizar el pago respectivo para evitar no sólo el enriquecimiento sin causa, sino también el aprovechamiento indebido de los bienes del otro.

3.3. España.

De acuerdo a lo señalado por Díez – Picazo, la figura o institución del enriquecimiento sin causa existe y tiene perfiles en el Derecho español; y, está sujeta a unos requisitos y produce unos determinados efectos que no se conocen con certeza. El mismo autor, señala que no es fácil encontrar en el Derecho español y en la doctrina española un dibujo de una institución que pueda considerarse mínimamente esclarecedor²⁶.

De la Cámara señala que la dificultad que conlleva el estudio del enriquecimiento injusto ha determinado que casi todo lo que concierne a esta institución sea objeto de discusión y controversia, lo que ocurre no sólo en los países en los que la doctrina del enriquecimiento sin causa ha sido elaborada por la jurisprudencia, como es el caso de España y Francia, sino también en los que dicha doctrina ha sido codificada y reglamentada con más o menos detalle, por ejemplo, Alemania, Suiza, Italia y Portugal²⁷.

²⁵ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Curso de Obligaciones*, Zavalia, Buenos Aires, 2004, p. 307.

²⁶ DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel. *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, p. 48.

²⁷ DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel. *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, p. 140.

3.4. Italia.

Según Sirena, en el Derecho italiano la acción general de enriquecimiento sin causa está regulada por los artículos 2041 y 2042 del Código Civil, los que son equivalentes a los artículos 1954 y 1955 del Código Civil peruano de 1984²⁸.

De acuerdo al mismo autor, en la experiencia jurídica italiana, es aún claramente advertible la desconfianza en relación a la acción general de enriquecimiento sin causa y resulta, por otra parte, de su absoluta marginalidad en el derecho jurisprudencial efectivo. Señala además el autor que en los reportes son muy pocas las máximas que demuestran la aplicación y casi todos conciernen a la relación (privada) entre un ciudadano y la Administración Pública²⁹.

El mismo Sirena señala que la expresa previsión de la acción general de enriquecimiento sin causa en el Código Civil italiano (artículos 2041 – 2042) ha reconducido definitivamente el fundamento jurídico del enriquecimiento sin causa al derecho positivo, superando de esa forma la tendencia a recurrir a los principios de equidad y justicia³⁰.

Además, el autor refiere que, en realidad, el contenido preceptivo de los artículos 2041 – 2042 del Código Civil italiano no está constituido por la prohibición de obtener enriquecimientos que en sí considerados no sean merecedores; sino por el deber de reintegrar el patrimonio ajeno de los beneficios que sin título hayan afluído en el propio, por lo que la acción general del enriquecimiento sin causa resulta ser un remedio a cambios injustificados de riqueza entre los patrimonios de

²⁸ SIRENA, Pietro, "La acción general de enriquecimiento sin causa: Situación actual y perspectivas futuras", En: *Revista Derecho y Sociedad*, N° 20, Lima, julio, 2003, p. 233.

²⁹ SIRENA, Pietro, "La acción general de enriquecimiento sin causa: Situación actual y perspectivas futuras", En: *Revista Derecho y Sociedad*, N° 20, Lima, julio, 2003, p. 233.

³⁰ SIRENA, Pietro, "La acción general de enriquecimiento sin causa: Situación actual y perspectivas futuras", En: *Revista Derecho y Sociedad*, N° 20, Lima, julio, 2003, p. 237.

dos sujetos y esa, por tanto, es una manifestación de la justicia conmutativa³¹.

Para el autor, el enriquecimiento sin causa está propiamente determinado en razón de que un sujeto (responsable), sin estar legitimado, goza de un beneficio que el ordenamiento jurídico ha atribuido exclusivamente a otro sujeto (tutelado)³².

4. Tratamiento del enriquecimiento sin causa en el Código Civil peruano.

Según Peralta Andía y Peralta Zecenarro, el Código de 1984 mantiene el enriquecimiento sin causa como una institución independiente, considerándola como fuente autónoma de obligaciones y como tal la regula en una sección exclusiva dentro del Libro VII: Fuentes de las Obligaciones, Sección Tercera [Sección Cuarta] que regula a las obligaciones no contractuales³³.

Así, el Código Civil peruano, en su artículo 1954, se ocupa del enriquecimiento sin causa, disponiendo que aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.

En el artículo 1955 del mismo cuerpo normativo, se dispone que 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.

³¹ SIRENA, Pietro, "La acción general de enriquecimiento sin causa: Situación actual y perspectivas futuras", En: *Revista Derecho y Sociedad*, N° 20, Lima, julio, 2003, 237.

³² SIRENA, Pietro, "La acción general de enriquecimiento sin causa: Situación actual y perspectivas futuras", En: *Revista Derecho y Sociedad*, N° 20, Lima, julio, 2003, p. 237.

³³ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando y PERALTA ZECENARRO, Nilda. *Fuente de las Obligaciones en el Código Civil*, Idemsa, Lima, 2005, p.739.

Entonces, podemos concluir que cuando se cumplen los requisitos se configura el enriquecimiento sin causa y el afectado podrá ejercitar la acción legal prevista para obtener la indemnización respectiva.

Los requisitos para la acción por enriquecimiento sin causa, según Palacios, son: el enriquecimiento, el daño, la correlación entre daño y enriquecimiento, la ausencia de justa causa y la subsidiaridad³⁴.

En cuanto al enriquecimiento, podemos señalar que es el aumento patrimonial de un sujeto en desmedro de otro. Palacios señala que el enriquecimiento consiste en el hecho de haber conseguido un incremento respecto de las ventajas de las que goza un sujeto. Según este autor, el incremento puede tener carácter patrimonial; es decir, ser económicamente valorable en un contexto social determinado; pero no sólo puede materializarse en un aumento del patrimonio estrictamente considerado, sino también puede revelarse a través de un gasto necesario no efectuado, lo que comúnmente se denomina ahorro. Palacios cita dos ejemplos interesantes: el caso de un poseedor de buena fe que no efectúa retribución alguna por el local que ocupa su negocio y el caso de un sujeto que consume bienes o frutos que no le corresponden³⁵.

Con relación al daño, podemos decir que es el resultado del enriquecimiento producido a favor de uno y en desmedro de otro. Este daño se produce en el patrimonio de aquel que es empobrecido a consecuencia del enriquecimiento sin causa del otro sujeto.

En cuanto a la correlación entre daño y enriquecimiento, diremos que esta correlación se produce cuando el enriquecimiento de un sujeto genera daño en el patrimonio de otro; o, dicho de otra manera, genera su empobrecimiento.

³⁴ PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, Tomo IX, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p.881.

³⁵ PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, Tomo IX, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p.881.

La ausencia de una causa justa radica en que el enriquecimiento producido no cuente con sustento para su existencia, por ejemplo, cuando no se cuente con un contrato vigente.

En cuanto a la subsidiaridad, Palacios señala que esta es una suerte de mecanismo de protección a los fines de impedir la utilización generalizada e incontrolada de la acción de enriquecimiento, de tal modo que la subsidiaridad tiene una función de filtro³⁶.

Castillo y Sabroso señalan que la ley peruana, cuando trata acerca del enriquecimiento sin causa, le ha dado carácter supletorio; es decir, le ha dado naturaleza subsidiaria. No es una pretensión adicional a otras que se pueda plantear ni una pretensión más que se pueda interponer, sino que es una pretensión cuya interposición cabe en defecto de la existencia de otras pretensiones³⁷.

Para Revoredo, otro requisito del enriquecimiento es que este exista al momento de la demanda, no debe ser futuro y no debe haber desaparecido antes. Al respecto, cita una sentencia de la Corte Suprema, del 29 de diciembre de 1989, que aclara que no procede la acción si el enriquecimiento aún no se ha producido³⁸.

De ello se desprende que no procedería una acción por enriquecimiento sin causa si este enriquecimiento aún no se ha producido; es decir, que no corresponde interponer la acción por enriquecimiento sin causa de manera preventiva por un enriquecimiento inminente o futuro, ya que sólo es posible interponerla cuando existe un daño efectivamente causado.

³⁶ PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, Tomo IX, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p.886.

³⁷ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. *El arbitraje en la contratación pública*, Palestra, Lima, 2009, p. 72.

³⁸ REVOREDO MARSANO DE MUR, Delia. *Instituciones del Derecho Civil peruano (visión histórica)*, Tomo III, Fundación M.J. Bustamante De La Fuente/ UNIFE, Lima, 1996, p.2356.

Sección II

El enriquecimiento sin casusa en la Administración Pública y su configuración en las contrataciones del Estado.

1. El enriquecimiento sin causa en el ámbito del derecho administrativo.

El enriquecimiento sin causa es una fuente de las obligaciones que no se produce únicamente en el ámbito privado, sino que ocurre muy frecuentemente en las relaciones entre el Estado y los privados.

Señala *de la Cámara* que el Tribunal Supremo español ha usado y a veces abusado del principio del enriquecimiento sin causa por ser muy reiteradamente invocado; y que incluso lo ha aplicado más allá del campo del Derecho Privado para invocarlo también como fuente en determinados casos de la Administración Pública. Para de la Cámara, esta extensión de la doctrina extramuros del derecho civil para referirlo a actuaciones de la Administración Pública no sucede sólo en el Derecho español, sino que también ocurre en otros lugares, como en Italia³⁹.

³⁹ DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel. *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, pp. 137 – 139.

Teniendo en cuenta que en las contrataciones públicas en el Perú surgen casos en los que el enriquecimiento sin causa podría producirse en beneficio del Estado y en perjuicio del proveedor, es conveniente tener presente que esta figura regulada en el Código Civil peruano, y por lo tanto aplicable al Derecho Privado, debe ser también aplicada en el ámbito de las actuaciones de la Administración Pública, precisamente por la necesidad de evitar el perjuicio en contra del proveedor en caso de producirse un enriquecimiento sin causa legítima.

En el presente trabajo nos ocuparemos de analizar el enriquecimiento sin causa, o, como lo señala Moisset el enriquecimiento sin causa legítima que se produce en las contrataciones del Estado peruano; es decir, en las contrataciones que realiza para adquirir bienes, contratar servicios o ejecutar obras, independientemente de las normas legales vigentes que regulen estas contrataciones, ya que son materia de constantes cambios, aunque en algunos casos será necesario citarlas como referencia.

Cuando hablamos de enriquecimiento sin causa en el ámbito del Derecho Administrativo es muy importante tener presente dos aspectos: la buena fe y la ética.

Asimismo, de acuerdo a lo señalado por Revollo, no parece inoportuno ni excesivo afirmar que la equidad y la justicia material tienen en el Derecho Administrativo un papel más destacado que en el Derecho Civil, lo que sustenta mediante la sentencia del Tribunal Supremo español que señala que si en el Derecho privado se valoró más a la seguridad jurídica, en el Derecho administrativo va imponiéndose el principio de justicia porque no en vano las relaciones administrativas están influenciadas por la equidad y la buena fe⁴⁰.

⁴⁰ REVOLLO PUIG, Manuel. *El enriquecimiento injusto de la administración pública*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, pp. 77 – 78.

Cuando un proveedor decide contratar con el Estado, busca la satisfacción de sus necesidades, entre ellas, el cumplimiento de sus objetivos, su desarrollo y la generación de riqueza. Por ejemplo, una empresa buscará cumplir con su plan operativo, desarrollarse de tal manera que en el futuro cuente con sucursales a nivel nacional e internacional y ganar tanto dinero como sea posible en el ejercicio de su objeto social.

Por su parte, el Estado busca satisfacer las necesidades de la población, que también están plasmadas en sus propias metas y objetivos y para ello cuenta con un presupuesto, que al ser público; es decir, de todos los peruanos, debe cuidar y procurar un gasto eficiente y oportuno. Por ejemplo, para satisfacer las necesidades de salud, el Estado deberá adquirir, entre otros, medicinas para los hospitales nacionales; pero ello implica adquirir medicinas de calidad, a precios adecuados y de manera oportuna; es decir, evitando desabastecimientos, porque estos pueden perjudicar gravemente a la población.

Asimismo, el Estado deberá procurar obtener bienes, servicios y obras de la mejor calidad y a precios adecuados, dejando de lado la idea de que se debe comprar barato, pues lo módico pocas veces representa la mejor alternativa, ya que esos precios tan bajos rara vez incluirán garantías, servicio técnico y probablemente la vida útil, para el caso de bienes, será corta; y, en el caso de servicios, probablemente se contratará empresas informales, que incumplen los pagos de remuneraciones y otros beneficios que por ley le corresponden a los trabajadores. En conclusión, el Estado debe procurar obtener el mejor valor por el dinero invertido.

Teniendo en cuenta ambos intereses, es importante señalar que, tanto el Estado como el proveedor, están obligados a actuar con buena fe y ética. Es verdad que cada uno velará por su propio beneficio, claro está, asumiendo que tanto el funcionario público como el trabajador de la empresa cumplan honestamente con sus

funciones, dejando de lado malas intenciones o incentivos perversos; pero no debemos olvidar que bajo el principio de moralidad, que contempla el artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado, todos los actos referidos a los procesos de selección de las entidades públicas están sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad.

1.1. Principios que respaldan que se pretenda evitar el enriquecimiento sin causa.

La moralidad es una cualidad de las acciones humanas apreciadas como buenas, dentro de la ética. Los actos referidos a las adquisiciones y contrataciones deben ser ante todo honrados⁴¹.

Guzmán comenta que la norma, refiriéndose a la Ley de Contrataciones del Estado, señala que los principios que la misma enuncia servirán también de criterio interpretativo e integrador para la aplicación de dicha norma y su reglamento y como parámetros para la actuación de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones; es decir, que los principios sirven en primer lugar como criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas sustantivas y de procedimiento que se encuentran establecidas en la Ley, en el Reglamento y otras normas administrativas vinculadas⁴².

Según Guzmán, el uso de estos principios resulta especialmente pertinente en supuestos de resolución de controversias, sea en sede administrativa, en sede judicial o en sede arbitral⁴³.

⁴¹ Ubidia Lira, Celia, Los contratos públicos. Argentina: El Cid Editor, 2009, p. 18. Consulta: 19 de noviembre de 2011.

<http://site.ebrary.com> (acceso sólo desde la biblioteca virtual de la PUCP)

⁴² GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "Un acercamiento a los principios que rigen la contratación administrativa". En: *Revista de Derecho Administrativo*, Lima, mayo, 2009, p. 204.

⁴³ GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "Un acercamiento a los principios que rigen la contratación administrativa". En: *Revista de Derecho Administrativo*, Lima, mayo, 2009, p. 205.

De acuerdo a lo señalado por Jiménez, cuando desarrolla el principio de la buena fe y su trascendencia en la creación e interpretación de las normas, así como la celebración e interpretación de los actos jurídicos, la buena fe debe elevarse a la categoría formal de principio general del Derecho y como tal sería una fuente del Derecho para ser aplicado por el Juez para no dejar de administrar justicia y por los operadores del Derecho en su totalidad con la finalidad de integrarla de manera coherente con las instituciones jurídicas⁴⁴.

Jiménez, citando a Cabanellas, señala que el concepto de buena fe está asociado con rectitud, honradez, buen proceder, buena intención, confianza en la verdad de un acto jurídico, ingenuidad, candor, inocencia, entre otros conceptos, teniendo siempre una connotación socialmente aceptable y deseable. Asimismo, señala que existen múltiples definiciones de buena fe y que están orientadas a su aspecto ético, moral, socialmente deseable; y que por ello, como principio general del derecho constituye una vía de comunicación del derecho con la moral y con la ética, lo cual supone la canalización del derecho hacia sus metas más puras⁴⁵.

Gonzales, citando a Larenz, señala que la buena fe incorpora el valor de la confianza; y, citando a Dromi, menciona que la buena fe significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos⁴⁶.

Asimismo, Gonzales dice que no se trata únicamente de la confianza en la actitud que cabe esperar de la persona concreta con la que se

⁴⁴ JIMÉNEZ VARGAS – MACHUCA, Roxana. “El principio de la buena fe”. En: *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2001, pp. 759 – 771.

⁴⁵ JIMÉNEZ VARGAS – MACHUCA, Roxana. “El principio de la buena fe”. En: *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2001, pp. 762 – 765.

⁴⁶ GONZÁLES PEREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Civitas, Madrid, p. 74.

está en relación; sino de la conducta que cabría esperar en una concreta relación jurídica de una persona corriente, normal, ni santa ni mala, lo que tiene especial trascendencia cuando esa otra persona con la que se está en relación es una de la Administración Pública o la persona física que en una concreta relación es la titular del órgano administrativo competente⁴⁷.

Entonces, citando a Sainz, Gonzáles señala que el principio jurídico de la buena fe protege un bien que es el valor ético social de la confianza jurídicamente válida frente a cualquier lesión objetiva que pueda sufrir, haya sido o no maliciosamente causada; y, que un acto es contrario a la buena fe cuando produce una lesión, cualquiera que sea la intensión del causante⁴⁸.

En cuanto a la importancia del principio general de la buena fe en el derecho administrativo, Gonzales menciona que la aplicación de dicho principio permitirá al administrado recobrar la confianza en que la Administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que persigue⁴⁹.

Con relación a la ética, podemos señalar que esta es fundamental en las contrataciones del Estado, dado que el fin primordial de las contrataciones públicas es satisfacer las necesidades de la población. De acuerdo a lo establecido en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 033-2005-PCM que aprobó el Reglamento de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, la ética pública es el "desempeño de los empleados públicos basado en la observancia de valores, principios y deberes que garantiza el profesionalismo y la eficacia en el ejercicio de la función pública".

⁴⁷ GONZÁLES PEREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Civitas, Madrid, pp. 74 – 75.

⁴⁸ GONZÁLES PEREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Civitas, Madrid, pp. 76 - 77.

⁴⁹ GONZÁLES PEREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Civitas, Madrid, p. 91.

Entonces, el funcionario público está obligado legalmente a actuar con ética, lo que comprende una actuación en base a principios como el de moralidad descrito previamente, principio que a su vez obliga al funcionario público a actuar con justicia. Del mismo modo, la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, contempla en su artículo 6, referido a los principios de la función pública, el principio de justicia y equidad por el que el funcionario público:

“Tiene permanente disposición para el cumplimiento de sus funciones, otorgando a cada uno lo que le es debido, actuando con equidad en sus relaciones con el Estado, con el administrado, con sus superiores, con sus subordinados y con la ciudadanía en general”.

En vista de lo expresado previamente, debemos señalar que cualquier acción que genere un enriquecimiento sin causa a favor del Estado constituiría un atentado directo contra la ética, el principio de buena fe y el principio de moralidad.

1.2. Equilibrio económico financiero del contrato.

También es importante señalar que en caso de producirse una situación de enriquecimiento sin causa a favor del Estado, esta situación estaría atentando contra el equilibrio económico - financiero del contrato, favoreciéndose el Estado a costa del administrado.

Según Dammert, alrededor de los años 30 a.c. aparece el contrato en el Derecho romano; y con este se desarrolla la teoría del equilibrio económico – financiero. Los contratos tienen la particularidad de que sus obligaciones subsisten mientras no cambien excesivamente las circunstancias en que contrataron las partes, ya que en muchos casos inmanejables por las partes el contrato no se puede cumplir respetando estrictamente las condiciones inicialmente pactadas o no se puede cumplir por efectos de circunstancias exógenas a no ser que

se ajusten algunas condiciones que permitan restablecer el equilibrio económico – financiero del contrato⁵⁰.

Dammert también señala que el equilibrio económico financiero es una herramienta que permite a las partes contratantes asegurar de forma juiciosa y equitativa que las utilidades y los costos pactados inicialmente mantengan un equilibrio pese a las oscilaciones exógenas a la voluntad de las partes, como el caso de shocks muy pronunciados en la oferta, por defectos de costos, huelgas, etc. o shocks en la demanda, entre otros⁵¹.

Uno de los supuestos en los que podría aplicarse la teoría del equilibrio económico – financiero del contrato podría ser el caso en el que el proveedor realice prestaciones adicionales al contrato en beneficio de la entidad sin que se haya cumplido con las formalidades que establecen las normas legales aplicables, caso en el que no puede negarse que las prestaciones a favor de la entidad pública ya han sido ejecutadas y por ello corresponde realizar el pago respectivo.

Para Santistevan y Loredo, el equilibrio económico financiero dentro de un contrato celebrado con el Estado implica el hecho de que deba reconocerse el derecho del contratista a mantener la ecuación económica del contrato para que pueda asegurar una rentabilidad razonable, a cambio de las facultades exorbitantes de las que goza el Estado. Por ello, la doctrina del equilibrio económico - financiero del contrato se basa en las normas de la justicia conmutativa por las que el contratista debe recibir una contraprestación justa por la obra ejecutada; y la justicia distributiva por la que el contratista no puede ser obligado a subsidiar el costo de una obra. La aplicación de este

⁵⁰ DAMMERT LIRA, Alfredo, "Equilibrio Económico – Financiero en los contratos de concesión en obras de infraestructura". En: *Revista de Derecho Administrativo*, Lima, mayo, 2009, p. 338.

⁵¹ DAMMERT LIRA, Alfredo, "Equilibrio Económico – Financiero en los contratos de concesión en obras de infraestructura". En: *Revista de Derecho Administrativo*, Lima, mayo, 2009, p. 338.

principio tiene como fin mantener la equivalencia de las prestaciones o resarcir los daños causados⁵².

Dichos autores mencionan que el contratista, al celebrar un contrato con el Estado, cualquiera sea su naturaleza, persigue una utilidad monetaria como contraprestación; y el principio del equilibrio económico financiero establece que la expectativa de utilidad del contratista no puede sufrir un menoscabo por razones sobrevinientes o imprevisibles que no le sean imputables, en cuyo caso la entidad deberá restablecer el beneficio económico previsto⁵³.

De acuerdo a lo señalado por Revollo, la equivalencia de las prestaciones y el precio justo no son sólo palabras comunes en el derecho administrativo sino que son nociones claves conectadas también con otros principios esenciales (algunos de los cuales ya hemos mencionado); y que la teoría del equivalente o equilibrio económico financiero en el contrato administrativo es una pieza central de toda su regulación. Asimismo, menciona que frente a la situación de igualdad de la que parte el Derecho civil, en el Derecho administrativo estamos ante relaciones entre personas de desigual poder y situación jurídica, por lo que sólo acentuando las ideas de justicia se puede garantizar el orden público⁵⁴.

En virtud de ello, consideramos que cuando la Administración Pública solicita y/o consiente la ejecución de prestaciones por parte del proveedor, aún sin haber procedido conforme a las formalidades de ley, no puede negar que para efectos reales, aunque no exista un

⁵² SANTISTEBAN DE NORIEGA, Jorge y LOREDO ROMERO, 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". En: *Ius et Verita*, No 33, Lima, 2006, p. 48.

⁵³ SANTISTEBAN DE NORIEGA, Jorge y LOREDO ROMERO, 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". En: *Ius et Verita*, No 33, Lima, 2006, p. 48.

⁵⁴ REVOLLO PUIG, Manuel. *El enriquecimiento injusto de la administración pública*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, pp. 85 - 89.

contrato o adenda suscritos, sí existe contrato, el mismo que debe ser entendido como un acuerdo de voluntades, por lo que debe conservarse el equilibrio económico financiero de dicho contrato. La existencia de contrato aunque no se haya suscrito un documento será tratada más adelante; pero resulta importante adelantar que aún cuando el artículo 35 del Decreto Legislativo N° 1017, referido al contrato, señala que el contrato deberá celebrarse por escrito, las normas legales vigentes en materia de contrataciones del Estado no sancionan el incumplimiento de dicha formalidad con la nulidad del contrato que se haya celebrado de otro modo.

Según Revollo, en la utilización del principio general del enriquecimiento injusto hay un círculo vicioso difícil de cortar, ya que si el enriquecimiento se considera injusto es porque se parte de que debe existir un cierto equilibrio de las prestaciones que se ha roto en un caso concreto y a su vez se fundamenta la exigencia de este equilibrio en la prohibición de enriquecimiento injusto⁵⁵.

Lo que nos interesa tratar en el presente trabajo son aquellas situaciones en las que el Estado se favorece en desmedro del proveedor, generando la posibilidad de un enriquecimiento sin causa; y, por ello, luego de esta breve introducción, desarrollaremos con mayor profundidad el siguiente tema: El enriquecimiento sin causa legítima en las contrataciones del Estado.

2. El enriquecimiento sin causa legítima en las contrataciones del Estado.

Es este punto pretendemos abordar algunos de los casos que se presentan en la práctica, en los que podría producirse el enriquecimiento sin causa a favor del Estado a consecuencia de las

⁵⁵ REVOLLO PUIG, Manuel. *El enriquecimiento injusto de la administración pública*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, p. 155.

contrataciones que éste realiza para proveerse de bienes, contratar servicios o ejecutar obras.

2.1. Enriquecimiento sin causa proveniente de la nulidad del contrato cuyas prestaciones se han ejecutado total o parcialmente.

Cuando se suscribe un contrato a consecuencia de un proceso de selección, existe la posibilidad de que se declare la nulidad de oficio de dicho contrato por las causales⁵⁶ establecidas en el artículo 56 de la Ley de Contrataciones del Estado.

En el presente trabajo, nos vamos a concentrar en el supuesto referido a la nulidad del contrato debido a la verificación de la transgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato.

En la práctica ocurre muy a menudo que las entidades públicas realizan la fiscalización posterior cuando el contrato está en plena ejecución y algunas veces se verifica la transgresión del principio de presunción de veracidad cuando ya se han llevado a cabo todas o parte de las prestaciones a cargo del contratista.

Antes de analizar si corresponde o no el pago, es importante tener en cuenta si realizada la totalidad de las prestaciones a favor de la entidad corresponde declarar la nulidad de oficio del contrato suscrito.

⁵⁶ Artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado.- Nulidad de los actos derivados de los procesos de selección (...) Después de celebrados los contratos, la Entidad podrá declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

- a) Por haberse suscrito en contravención con el artículo 10° de la presente norma;
- b) Cuando se verifique la transgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato;
- c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación; o,
- d) Cuando no se haya utilizado el proceso de selección correspondiente.

(...)

Sobre el particular, se ha pronunciado la Dirección Técnica Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado en su Opinión N° 021-2010/DTN, que señala que ese Organismo Supervisor absuelve consultas de carácter general sobre la normativa de contrataciones del Estado, por lo que, en vía de consulta, no puede pronunciarse sobre casos específicos; pero, sin perjuicio de ello señaló que aún cuando en un supuesto específico el contrato puede adolecer de un vicio que acarrea su nulidad, por circunstancias excepcionales, su declaratoria podría resultar perjudicial para el Estado, contrario al principio de eficiencia y al interés público o social involucrado en la contratación.

De lo señalado por la Dirección Técnica Normativa del OSCE se concluye que cuando una entidad pública verifica durante la ejecución del contrato que el contratista ha transgredido el principio de presunción de veracidad le corresponderá evaluar si la declaratoria de nulidad de oficio afecta el principio de eficiencia y el interés público o social involucrado en la contratación para que, a consecuencia de dicho análisis, se determine si corresponde o no declarar la nulidad de oficio.

En caso que la entidad pública opte por declarar la nulidad de oficio, será necesario que realice un análisis a fin de determinar si se va a realizar el pago de las prestaciones ejecutadas.

De acuerdo a lo establecido en la Opinión N° 042-2010/DTN, el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas por el proveedor a favor de la entidad debe considerar el íntegro del precio de la prestación ejecutada, aquel que antes de la declaración de la nulidad del contrato habría sido la contraprestación o retribución del contratista.

Entendemos que cuando se refiere al íntegro del precio, este

comprende no sólo el costo de las prestaciones efectivamente ejecutadas; sino también el monto que corresponde a las utilidades. Esto no guarda relación con lo establecido en la Opinión N° 059-2009/DTN que señala que se debe reconocer a favor del proveedor el costo de lo efectivamente ejecutado sin incluir la utilidad por no existir título válido.

Nosotros creemos que no es suficiente con que se realice el pago, sino que debe realizarse el pago justo; es decir, el pago completo que se pactó en el contrato original de acuerdo a las prestaciones efectivamente ejecutadas, con la finalidad de evitar que la entidad pública se enriquezca a expensas del empobrecimiento del proveedor.

No consideramos que se deba castigar al proveedor con el pago sin utilidades por no existir un título válido; es decir, por haberse declarado la nulidad del contrato, ya que para ello la Ley de Contrataciones del Estado establece sanciones⁵⁷

⁵⁷ Artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado.- Infracciones y sanciones administrativas

51.1 Infracciones

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

- a) No mantengan su oferta hasta el consentimiento de la buena pro o, de resultar ganadores hasta la suscripción del contrato, no suscriban injustificadamente el contrato, o no reciban injustificadamente la orden de compra o de servicio emitida a su favor;
- b) Den lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte;
- c) Hayan entregado el bien, prestado o servicio o ejecutado la obra con existencia de vicios ocultos, previa sentencia judicial firme o laudo arbitral;
- d) Contraten con el Estado estando impedidos para ello, de acuerdo a la presente norma;
- e) Participen en procesos de selección o suscriban un contrato sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP);
- f) Suscriban un contrato, en el caso de ejecución o consultoría de obras, por montos mayores a su capacidad de libre contratación, o en especialidades distintas, según sea el caso;
- g) Realicen sub contrataciones sin autorización de la Entidad o por un porcentaje mayor al permitido en el Reglamento.
- h) Participen en prácticas restrictivas de la libre competencia, previa declaración del organismo nacional competente; así como cuando incurran en los supuestos de socios comunes no permitidos según lo que establece el Reglamento;
- i) Presenten documentos falsos o información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Organismo Supervisor de la Contrataciones del Estado – OSCE;
- j) Interpongan recursos impugnativos contra los actos inimpugnables establecidos en el Reglamento;

destinadas a castigar las infracciones tipificadas en dicha norma legal, entre las que se encuentra la transgresión del principio de presunción de veracidad.

En vista de ello, no corresponde que la entidad sancione al proveedor no pagándole las utilidades, más aún porque la entidad no cuenta con facultades de sancionar a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas en el ámbito de las contrataciones públicas, ya que esta facultad le corresponde únicamente al Tribunal de Contrataciones del Estado que es el único que puede sancionarlos válidamente en aplicación de lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. Asimismo, las sanciones que se pueden aplicar a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas son únicamente las que están establecidas en el artículo 51.2 de la Ley de Contrataciones del Estado, entre las que se encuentran la inhabilitación temporal, la inhabilitación definitiva y las sanciones económicas (referidas a la ejecución de garantías otorgadas a la presentación de recursos de apelación que son declarados infundados o improcedentes por la entidad o el Tribunal de Contrataciones del Estado). Como puede verse no existe una sanción que implique que se deje de reconocer el precio total de las prestaciones ejecutadas por el proveedor; y, aun cuando el proveedor actúe de mala fe, la Ley ha establecido las sanciones respectivas y la instancia que debe imponerlas, no siendo facultad de las entidades aplicar sanciones distintas.

En conclusión, consideramos que la inexistencia de título válido no debe ser utilizada como sustento para respaldar que la entidad sólo reconozca a favor del proveedor el costo de lo efectivamente ejecutado sin incluir la utilidad, debiéndose

-
- k) Se constante después de otorgada la conformidad que incumplieron injustificadamente las obligaciones del contrato hasta los plazos de responsabilidad establecidos en las Bases; y,
 - l) Otras infracciones que se establezcan en el Reglamento.

tener presente que aún cuando no existe título válido por haberse declarado la nulidad de oficio del contrato suscrito, las prestaciones ejecutadas por el proveedor provienen de una propuesta económica presentada en un proceso de selección que ha sido aceptada por haberse otorgado la buena pro, considerando no sólo el costo sino también las utilidades, siendo justo que se pague en base a ello.

La realización del pago no impedirá que la entidad informe sobre las supuestas infracciones al Tribunal de Contrataciones del Estado, instancia que se encargará de analizar los hechos e imponer la sanción que corresponda; pero no cabe castigar al proveedor de cualquier otro modo distinto al que está amparado en las normas legales vigentes, como ya se ha señalado previamente.

No está de más señalar que el pago del precio en los casos en los que se ha declarado la nulidad de oficio por la transgresión del principio de presunción de veracidad, habiéndose ejecutado prestaciones por parte del proveedor, podría ser considerado como un incentivo perverso para los proveedores que, con la finalidad de obtener el pago, presentarían documentos falsos o inexactos para obtener la buena pro de los procesos de selección; pero no se debe soslayar que ese supuesto incentivo pierde su encanto ante la posibilidad de una sanción.

2.2. Enriquecimiento sin causa como consecuencia de la ejecución de prestaciones adicionales sin que se cuente con la autorización previa que corresponda de acuerdo a cada caso.

Durante la ejecución de un contrato para la adquisición de bienes y la prestación de servicios podría ocurrir que se presente la necesidad de prestaciones adicionales de cuya

realización dependa la correcta ejecución del contrato. Esto también puede suceder durante la ejecución de las obras públicas cuando las prestaciones adicionales estén directamente vinculadas a la finalidad del contrato original.

En ambos casos, cuando la entidad determine que necesita las prestaciones adicionales, será necesario que las apruebe, para lo que deberá seguir los procedimientos establecidos en las normas legales vigentes durante la convocatoria del proceso de selección respectivo. En tal sentido, la entidad requerirá la certificación presupuestal, así como la autorización de la instancia competente de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado y posteriormente se suscribirá una adenda por el funcionario competente para tal fin. Cabe precisar que, para los casos de obras públicas cuyas prestaciones adicionales superen el 15% del monto del contrato original, se requerirá también la aprobación previa de la Contraloría General de la República.

Las gestiones o formalidades señaladas previamente constituyen requisitos legales de los que no se puede prescindir para ejecutar prestaciones adicionales conforme a Ley; pero, ¿qué sucederá en el caso en que dichas prestaciones adicionales se ejecuten sin que se hayan seguido las formalidades legales?, ¿acaso no corresponde retribuir al contratista por las prestaciones adicionales realizadas conforme a lo tácitamente aprobado por la entidad?

Señalamos que se trata de una aprobación tácita porque el proveedor ha entregado los bienes adicionales, ha prestado los servicios adicionales o ha ejecutado los adicionales de obra y la entidad lo ha permitido, recibiendo los bienes, permitiendo que se presten los servicios y que se realice la ejecución de la obra adicional sin impedirlo de modo alguno; es decir, ha otorgado

su consentimiento para la realización de dichos adicionales, aun que no de modo formal.

En este punto, cabe precisar que la entidad tiene la obligación de llevar un control de los bienes que ingresan a su almacén, así como de supervisar los servicios que se prestan y las obras que se ejecutan, por lo que no sería válido que el Estado, a través de alguna de sus entidades, sustentara que los bienes se entregaron sin su consentimiento o que los servicios o las obras fueron ejecutados sin su consentimiento o conocimiento; sin embargo, cuando esto ocurra en la práctica, corresponderá realizar el deslinde de responsabilidades con la finalidad de sancionar al funcionario público que actuó negligentemente.

Entonces, si esta aprobación tácita se ha dado y el contratista ha obrado de buena fe porque está satisfaciendo una necesidad de la entidad confiando en que esta actuará con la misma buena fe y además con ética, justicia y moralidad, consideramos que se debería pagar el monto de las prestaciones adicionales ejecutadas.

En este punto, es importante señalar que, conforme a lo establecido en la Opinión N° 059-2009/DTN, emitida por la Dirección Técnica Normativa del OSCE, a una entidad que se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, sólo la vinculan válidamente los contratos en los que el acuerdo de voluntades se ha formado conforme a los procedimientos establecidos en dicho cuerpo normativo y sus normas complementarias; pero, cuando la entidad se haya beneficiado con las prestaciones ejecutadas por el proveedor contratado de forma irregular, y en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento indebido, es arreglado a derecho que ésta reconozca a favor del tercero el costo de lo efectivamente ejecutado sin incluir la utilidad por no existir título válido; sin perjuicio de la

determinación de responsabilidades del funcionario o funcionarios involucrados en la contratación irregular.

Nos llama la atención que el OSCE se pronuncie a favor del reconocimiento del costo de las prestaciones ejecutadas pero que no reconozca que el proveedor ha actuado de buena fe, beneficiando a la entidad con determinadas prestaciones, lo que da lugar al pago respectivo incluyendo las utilidades, ya que no se debería responsabilizar al proveedor por las actuaciones irregulares de algunos funcionarios públicos.

Citaremos un ejemplo: tratándose de bienes, el proveedor de buena fe entrega los bienes adicionales solicitados por el funcionario de logística, aun cuando todavía no se ha suscrito la adenda respectiva; pero, repetimos, lo hace de buena fe y esperando que se regularice la suscripción de la adenda (práctica muy acostumbrada en la Administración Pública con la que no estamos de acuerdo; pero que ocurre frecuentemente). Es más, la entidad consume los bienes entregados por el proveedor de manera que ya no sería posible su devolución. Como suele ocurrir también en la práctica, la autoridad con facultades para aprobar las prestaciones adicionales decide no hacerlo y las gestiones para la aprobación de las prestaciones adicionales se frustran. Esta situación podría perjudicar seriamente al proveedor si la entidad no reconoce el pago a su favor bajo el pretexto de no contar con un documento que lo respalde; pero, qué duda cabe, que el proveedor ha realizado prestaciones a favor de la entidad y conforme a lo expresado en la sección previa, el Derecho no ampara el enriquecimiento sin causa legítima por el que un sujeto se enriquece a expensas del otro. Entonces, consideramos que por todo lo expuesto corresponde realizar el pago; y no sólo reconocer el costo como señala el OSCE, sino pagar incluyendo utilidades. Recordemos que los proveedores contratan con el Estado para ganar dinero y no solamente para

entregar bienes a cambio del costo de los mismos, lo cual no tendría ningún sentido.

Para Gómez de Mercado, la mayoría de las ocasiones en que el Tribunal Supremo (de España) se ha pronunciado en torno a un posible enriquecimiento injusto en la Administración lo ha hecho en el marco de la contratación pública, sobre todo en relación con los excesos de obra sobre proyecto efectivamente ejecutados; es decir, apreciando un enriquecimiento sin causa de la Administración por prestaciones del contratista superiores a las que estaba obligado, junto al que se produce por prestaciones en virtud de contratos administrativos que no han sido válidamente concluidos⁵⁸.

El mismo autor precisa que la sentencia del 22 de junio de 1982 (Ar. 3323), para el caso de trabajos adicionales realizados por el contratista que no fueron incluidos en el proyecto inicial; pero que fueron reconocidos como necesarios por el director técnico de obra (entendemos que en el caso peruano sería el inspector o supervisor de la obra), señala que el desequilibrio patrimonial entre los beneficios obtenidos por la Administración y la carga sufrida por el contratista debe corregirse a través del principio prohibitivo del enriquecimiento injusto y el ejercicio de la *actio in rem verso*⁵⁹.

De igual modo, Gómez de Mercado hace referencia a la Sentencia del 20 de diciembre de 1983 (Ar. 6354), referida a las variaciones en relación con el proyecto y presupuesto iniciales, variaciones que fueron ordenadas por el director de obra designado por el Ayuntamiento reclamado (que entendemos sería el inspector o supervisor de obra de la

⁵⁸ GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. *Manual de Contratación y responsabilidad de la Administración*, Comares, Granada, 2004, p. 735.

⁵⁹ GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. *Manual de Contratación y responsabilidad de la Administración*, Comares, Granada, 2004, p. 736.

entidad pública, en el caso peruano), y que aun cuando no hayan sido aprobadas formalmente sí fueron conocidas o consentidas.

En este punto es relevante citar como ejemplo el caso de una entidad pública nacional cualquiera en la que se esté ejecutando una obra y en plena ejecución el supervisor de la obra percibe que se requiere realizar una modificación al proyecto de la obra que constituye un adicional en beneficio de la entidad, por lo que lo ordena sin preocuparse de gestionar los trámites de ley; pero la realización de dichas variaciones son de conocimiento de la entidad. Esta omisión por parte del supervisor de ninguna manera debería ser óbice para que se pretenda no reconocer el precio que le corresponde al contratista por las variaciones en el proyecto original.

En base a este mismo criterio, el Alto Tribunal español señaló, de acuerdo a lo expresado por Gómez de Mercado, que:

“la aplicación del principio que veda un enriquecimiento injusto posibilita el reconocimiento de los contratos de obras de las reclamaciones por los excesos sobre el Proyecto que hubieren sido efectivamente ejecutados como consecuencia de órdenes de la Administración, por entender, en algunos casos, que no se producía alteración sustancial del proyecto, pero llegando en algún otro a afirmar, que si efectivamente fueron ordenadas las obras, los vicios existentes de competencia o procedimiento, al no ser imputables al contratista, no pueden oponerse a que él percibiese su importe, siempre que las órdenes se diesen por quienes [sic] y del modo que para el contratista tuviese apariencia de efectiva potestad”⁶⁰.

Linares, refiriéndose a los adicionales de obra pública y los principios de prohibición del enriquecimiento sin causa e igualdad ante las cargas públicas, se pregunta si la

⁶⁰ GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. Manual de Contratación y responsabilidad de la Administración, Comares, Granada, 2004, pp. 736 - 737.

administración debe pagar por los adicionales de obra que no cuenten con las autorizaciones expresas que indica la Ley⁶¹.

Al respecto, el mismo Linares señala que, al margen de si se da por propia iniciativa, mediando una conciliación o un laudo, la administración podría pagar por adicionales de obra o por cualquier prestación a pesar del incumplimiento de las formalidades por culpa de su parte o del particular; y que esta obligación tendría como fundamento el principio general del Derecho de que nadie puede enriquecerse a expensas del empobrecimiento del otro sin que exista causa justificada⁶².

Asimismo, Linares señala, citando a Cretella, que es mayoritariamente aceptado que la proscripción del enriquecimiento sin causa es un principio general del Derecho y por ello podría ser aplicable de forma directa en el ámbito de los contratos del Estado, sin que sea necesaria aplicar analogía con el Derecho civil⁶³.

2.3. Enriquecimiento sin causa ocasionado por la adquisición de bienes o servicios sin la suscripción del contrato respectivo.

En los dos numerales previos hemos visto casos en los que ha existido un contrato; pero que por las circunstancias posteriores a su celebración se ha omitido suscribir la adenda para los adicionales o se ha declarado la nulidad de oficio del mismo, quedando pendiente el pago de las prestaciones ejecutadas total o parcialmente por parte del proveedor.

⁶¹ LINARES JARA, Mario, "Adicionales de obra pública. Obra pública y contrato, adicionales, función administrativa, control público, arbitraje y enriquecimiento sin causa". En: *Revista de Derecho Administrativo*, Lima, mayo, 2009, p. 186.

⁶² LINARES JARA, Mario, "Adicionales de obra pública. Obra pública y contrato, adicionales, función administrativa, control público, arbitraje y enriquecimiento sin causa". En: *Revista de Derecho Administrativo*, Lima, mayo, 2009, pp. 186 - 187.

⁶³ LINARES JARA, Mario, "Adicionales de obra pública. Obra pública y contrato, adicionales, función administrativa, control público, arbitraje y enriquecimiento sin causa". En: *Revista de Derecho Administrativo*, Lima, mayo, 2009, p. 187.

Además de los casos señalados previamente, existen casos en los que la entidad pública adquiere bienes o le prestan servicios sin existir un contrato previamente suscrito.

En ese supuesto corresponde preguntarnos si corresponde pagar sin que exista contrato previamente suscrito, siendo importante tener en cuenta que para realizar el pago se requiere contar con un instrumento válido que respalde dicha acción; pero ¿qué culpa tiene el proveedor si los funcionarios públicos encargados de la adquisición de bienes y contratación de servicios no han gestionado oportunamente los contratos respectivos?

¿Acaso debemos castigar al proveedor que de buena fe ha atendido una necesidad, seguramente imperante e indispensable de la entidad? Pensamos que no es correcto negarle el pago a un proveedor que ha atendido la necesidad de una entidad pública sin contar con el contrato respectivo; y, en todo caso, lo que corresponde es sancionar a los funcionarios públicos que actuaron irregularmente.

Podrían presentarse dos casos: uno en el que no se haya realizado el proceso de selección respectivo en absoluto y otro en el que a pesar de haberse realizado el proceso de selección respectivo no se haya llevado a cabo la suscripción el contrato.

Nos parece que el primer caso es el más grave, dado que no existe sustento alguno para haber elegido al proveedor que ha ejecutado las prestaciones a favor de la entidad, por lo que ello ameritaría, previo análisis de los hechos, una sanción mayor para los funcionarios públicos involucrados, sin que ello implique que el proveedor deba sufrir las consecuencias.

De acuerdo a lo establecido en la Opinión N° 059-2009/DTN:

“(…) en el derecho público el principio de legalidad posee una significación distinta a la de otros ordenamientos de naturaleza privada, en el sentido de sujetar la actuación de la administración pública a lo expresamente reconocido en las normas correspondientes⁶⁴, se tiene que las Entidades Públicas deben cumplir —necesariamente— con el procedimiento legal aplicable para la formación de voluntad de adquirir o contratar, a efectos de tener como válida la adquisición o contratación resultante.”

De lo señalado por la Dirección Técnica Normativa del OSCE se desprende que para que se realice una adquisición o contratación válida es necesario cumplir las disposiciones legales contenidas en las leyes vigentes para tal fin, lo que evidentemente incluye la realización de un proceso de selección cuando sea necesario y la suscripción de un contrato o entrega de una orden de compra o de servicio en los casos que las normas vigentes lo permitan.

Sin perjuicio de no haberse realizado el proceso de selección correspondiente, la Dirección Técnica Normativa del OSCE a través de la Opinión N° 059-2009/DTN, señaló:

“(…) las prestaciones ejecutadas a favor de una Entidad al margen de un vínculo contractual válidamente constituido —vale decir, sin que haya mediado un proceso de selección que sustente la identificación del co-contratante—, son circunstancias ajenas al ámbito de aplicación de la normativa general de las contrataciones del Estado.”

Sin embargo, en las conclusiones de dicha Opinión la Dirección Técnica Normativa del OSCE señala que en el caso que la entidad se haya beneficiado con las prestaciones ejecutadas por el proveedor contratado de forma irregular, y en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento indebido, es arreglado a derecho que ésta reconozca a favor

⁶⁴ El principio de legalidad está reconocido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. En virtud de dicho principio, en el derecho público, la actuación de los sujetos requiere de una habilitación legal previa; a diferencia del derecho privado —ámbito dentro del cual se verifica la preeminencia de la autonomía de la voluntad de los privados— donde lo que no está prohibido por Ley expresa está permitido.

del tercero el costo de lo efectivamente ejecutado sin incluir la utilidad por no existir título válido; sin perjuicio de la determinación de responsabilidades del funcionario o funcionarios involucrados en la contratación irregular.

Concordamos con que para evitar el enriquecimiento sin causa a favor de la entidad, esta debe pagar por las prestaciones ejecutadas por el proveedor a su favor; pero discrepamos nuevamente de la idea de que sólo se reconozca el costo de lo efectivamente ejecutado sin incluir la utilidad por no existir título válido porque como ya hemos señalado previamente, la entidad debería reconocer las utilidades. En todo caso debería reconocer el total de las prestaciones efectivamente ejecutadas de acuerdo a la cotización presentada por el proveedor para la adquisición del bien o la prestación del servicio.

Consideramos que no cabe aplicar una suerte de sanción económica al proveedor por la inexistencia de título válido, ya que las infracciones y sanciones para proveedores, participantes, postores y contratistas han sido claramente definidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, como ya se ha señalado previamente, no siendo posible que las entidades consideren otro tipo de infracciones y pretendan sancionarlas.

Hemos querido plantear de manera sencilla algunos de los problemas que se presentan en la Administración Pública durante la ejecución contractual, generando la posibilidad de enriquecimiento sin causa a favor de la entidad; y, que además de la posibilidad de generar responsabilidades en los funcionarios públicos, perjudican a la empresa privada que contrata con el Estado, restándole a sus representantes la buena voluntad y las ganas de contratar con el Estado en las mejores condiciones del mercado.

Sección III

El arbitraje como vía de reclamo para el enriquecimiento sin causa.

De acuerdo a lo expresado en diversas opiniones de la Dirección Técnica Normativa del OSCE, la entidad puede pagar para evitar el enriquecimiento sin causa a su favor, debiendo para ello consultar con su área legal y su área de presupuesto.

Sin perjuicio de ello, es importante señalar que el OSCE, en ninguna de las opiniones consultadas se ha pronunciado acerca de la vía por la que corresponde realizar el reclamo por el enriquecimiento sin causa, quedando una profunda duda, tanto en los funcionarios públicos operadores de las normas en materia de contrataciones públicas, como en los proveedores del Estado que no están seguros de a qué instancia deben recurrir.

De acuerdo a lo señalado por Dammert, en los países donde el poder judicial tiene problemas y puede generar mucha incertidumbre, suelen establecerse otros mecanismos de resolución de conflictos como el arbitraje, compuesto por especialistas elegidos por las partes⁶⁵.

⁶⁵ DAMMERT LIRA, Alfredo, "Equilibrio Económico – Financiero en los contratos de concesión en obras de infraestructura". En: *Revista de Derecho Administrativo*, Lima, mayo, 2009, p. 342.

Para Campos, el arbitraje es, sin lugar a dudas, el mecanismo de solución de conflictos preferido por quienes realizan negocios; y ante un Poder Judicial carente de recursos y de la confianza de sus potenciales usuarios, el arbitraje es una alternativa, que aunque resulta más onerosa, también es más beneficiosa⁶⁶.

Según Castillo y Sabroso, entre las ventajas operativas que la doctrina suele destacar en el arbitraje figuran la rapidez y la especialización. En lo que respecta a la rapidez el arbitraje resulta ser mejor que un proceso judicial; y, en lo que a la especialización se refiere, ésta dependerá de una buena elección de los árbitros⁶⁷.

Es por ello que ante la posibilidad de elegir entre el Poder Judicial y el arbitraje creemos que tanto al proveedor como a la entidad le conviene elegir al arbitraje. En la presente sección pretendemos sustentar que la mejor alternativa, tanto para el Estado como para el proveedor, es la vía arbitral, siendo importante citar lo establecido en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado que señala:

“Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato (...)”.(El subrayado es nuestro)

Previamente hemos comentado acerca del principio de moralidad, pues hemos recalcado que tanto los funcionarios que representan al Estado como los proveedores deben actuar en base a este principio. Para Guzman, los principios sirven de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas sustantivas y de procedimiento que se encuentran establecidas en la Ley, en el Reglamento

⁶⁶ CAMPOS MEDIDA, Alexander, “La arbitralidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos”. En: Revista Peruana de Arbitraje, ^o 18, Lima, 2006, p. 307.

⁶⁷ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita, “El arbitraje y los adicionales de obra”. En: *Derecho PUCP*, N^o 66, Lima, 2011, p. 322.

y en otras normas administrativas, lo que implica que su uso resulta ser especialmente pertinente en supuestos de resolución de controversias, sea en sede administrativa, judicial o arbitral⁶⁸.

Entonces, podemos decir que para los casos planteados en la sección previa, el tribunal arbitral actuará en base a los principios que rigen las contrataciones del Estado, especialmente el principio de moralidad por el que todos los actos referidos a los procesos de selección de las entidades públicas están sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad. Cabe precisar que la entidad que se enriquece sin causa no está actuando honradamente ni con justicia si no reconoce el precio que le corresponde al proveedor por las prestaciones efectivamente ejecutadas, lo que constituiría un aprovechamiento desproporcionado de su situación de ventaja frente al proveedor.

De acuerdo a lo señalado por Linares, quien tenga algo de experiencia en la ejecución de contratos del Estado no podrá rechazar la existencia de casos en los que la propia Administración requiere a ruego y al margen de consideraciones formales o mientras éstas se gestionan la ejecución de prestaciones adicionales, contratos complementarios o simplemente prestaciones; pudiendo pensarse que es contrario al principio de buena fe y a la moral que la misma Administración pretenda desconocer lo que solicitó o consintió⁶⁹.

En el caso de la nulidad del contrato cuyas prestaciones se han ejecutado total o parcialmente, consideramos que el proveedor debería solicitar el arbitraje para discutir la nulidad del mismo, conforme a lo establecido en el artículo 144 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, incluyendo como punto controvertido el pago por las prestaciones efectivamente ejecutadas a favor de la entidad para evitar el enriquecimiento sin causa a favor de la misma.

⁶⁸ GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "Un acercamiento a los principios que rigen la contratación administrativa". En: *Revista de Derecho Administrativo*, Lima, mayo, 2009, pp. 204 - 205.

⁶⁹ LINARES JARA, Mario, "Adicionales de obra pública. Obra pública y contrato, adicionales, función administrativa, control público, arbitraje y enriquecimiento sin causa". En: *Revista de Derecho Administrativo*, Lima, mayo, 2009, p. 187.

Cuando se trate de la ejecución de prestaciones adicionales sin que se cuente con la autorización previa que corresponda de acuerdo a cada caso, también se debería someter a arbitraje la controversia referida al pago de las prestaciones ejecutadas a favor de la entidad en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato.

Linarese pregunta si está expedita la sede arbitral para solucionar controversias sobre el pago de los adicionales de obra sin autorización administrativa y/o sin el acto de autorización y/o de control de la Contraloría General de la República; y concluye señalando que las diferencias derivadas de la ejecución del contrato deben resolverse mediante arbitraje, pudiendo interpretarse que se encuentran dentro de estas los casos de enriquecimiento sin causa por la ejecución impaga de adicionales de obra pública y sus pretensiones indemnizatorias⁷⁰.

Castillo y Sabroso nos proporcionan un ejemplo interesante: Imaginemos que la entidad ordena al contratista ejecutar un determinado adicional de obra que supera el porcentaje establecido en la Ley de Contrataciones del Estado. Para ello, la entidad requerirá contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República a efectos de la ejecución y pago del referido adicional. Sin embargo, la entidad sin contar con la autorización previa, ordena al contratista y éste ejecuta el adicional; pero la Contraloría General de la República no aprueba el adicional y la entidad no le paga al contratista, quien demanda a la entidad por enriquecimiento sin causa, sustentado su pedido en pronunciamientos del OSCE (Opinión de la Gerencia Técnica Normativa del CONSUCODE⁷¹ N° 64-2002-GTN: En el caso de prestaciones adicionales, éstas no pueden regularizarse ante los organismos competentes si ya fueron ejecutadas, pues la aprobación de su

⁷⁰ LINARES JARA, Mario, "Adicionales de obra pública. Obra pública y contrato, adicionales, función administrativa, control público, arbitraje y enriquecimiento sin causa". En: *Revista de Derecho Administrativo*, Lima, mayo, 2009, pp. 186 – 190.

⁷¹ De acuerdo a lo establecido en la novena disposición complementaria final del Decreto Legislativo N° 1017, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 04 de junio de 2008, cualquier referencia al Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE se entenderá hecha al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE.

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). La entidad, ante la demanda formulada, argumentará que el enriquecimiento sin causa no debe ser resuelto por la vía arbitral, sino que debe ser materia de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, ya que se trataría de un tema extra contractual⁷².

Siguiendo el razonamiento del ejemplo proporcionado por Castillo y Sabroso, estos autores señalan que como 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; y, pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición, por lo que el enriquecimiento sin causa es *per se* materia arbitrable, al ser de libre disposición e incluso por tener contenido patrimonial⁷³.

Los citados autores señalan también que es necesario precisar que el hecho 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; y que 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 (...)”*⁷⁴.

Cuando se trata de la adquisición de bienes o la prestación de servicios sin la suscripción del contrato respectivo, la situación se torna más compleja,

⁷² CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita, *El arbitraje en la contratación pública*, Palestra, Lima, 2009, pp. 72 – 73.

⁷³ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita, *El arbitraje en la contratación pública*, Palestra, Lima, 2009, p. 75.

⁷⁴ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita, *El arbitraje en la contratación pública*, Palestra, Lima, 2009, p. 76.

dado que no existe un documento donde se haya dejado constancia del convenio arbitral.

Sin embargo, podríamos tener en cuenta el siguiente razonamiento: El artículo 35 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que el contrato deberá celebrarse por escrito; pero, no sanciona el incumplimiento de dicha disposición con la nulidad del contrato, por lo que podríamos aventurarnos a decir que, aun cuando no se haya suscrito el contrato, si hay acuerdo de voluntades entre las partes para crear una relación jurídica patrimonial en la que una de las partes es una entidad de la administración pública, estamos ante un contrato.

En este punto, es necesario tener en cuenta que el artículo 56 del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, referido a la nulidad de los actos derivados de los procesos de selección, se refiere también a la nulidad de oficio de los contratos, estableciendo las siguientes causales de nulidad:

- a) Por haberse suscrito en contravención del artículo 10° de la Ley de Contrataciones del Estado, referido a los impedimentos para ser postor y/o contratista.
- b) Cuando se verifique la transgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato.
- c) Cuando se haya suscrito el contrato, no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.
- d) Cuando no se haya utilizado el proceso de selección correspondiente.

Como puede apreciarse, la Ley de Contrataciones del Estado no establece una causal de nulidad del contrato referida al incumplimiento de la formalidad para su suscripción; es decir, que no sanciona con nulidad al contrato que no se ha celebrado por escrito.

Recurriendo a la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, esta norma recoge en su capítulo II lo referido a la nulidad de los actos administrativos, entendiéndose como tales a las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

Para Gordillo, una definición de acto administrativo es la siguiente:

“Podemos entonces definir el acto administrativo, como la declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa.

Dar esta definición restringida, se reitera, sirve sólo a una finalidad metodológica y no pretende ni puede pretender negarle el carácter de “actos” a los contratos y reglamentos, ni tampoco el que los mismos sean de índole “administrativa.” Tal vez podría decirse que el término “acto administrativo” admite un doble uso: amplio y restringido. En sentido amplio, sería acto administrativo toda declaración administrativa productora de efectos jurídicos y en sentido restringido sería sólo la declaración unilateral e individual que produzca tales efectos jurídicos”⁷⁵. (El subrayado es nuestro)

De igual modo, Gordillo señala:

“Los autores en general lo han entendido empíricamente así, al construir sus obras con partes distintas para el estudio de los contratos y de los actos administrativos. Las obras sobre contratos administrativos, en esta línea empírica pero no por ello menos científica, se preocupan de diferenciarlos de los contratos privados, pero no suelen plantearse una comparación con el acto administrativo, de tan obvia que es la diferencia. Hay puntos comunes, cierto es, pero las diferencias justifican una explicación separada para no inducir a confusiones entre dos regímenes que de hecho tienen todavía más diferencias que semejanzas”⁷⁶.

⁷⁵ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Edición 10, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009, p. X-9. Consulta: 16 de enero de 2012.
< http://www.gordillo.com/tomos_pdf/1/capitulo10.pdf >

⁷⁶ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III. Edición 10, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009, p. IV-21. Consulta: 19 de abril de 2012.
< http://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo4.pdf >

Para Gordillo, las diferencias entre el contrato (acto bilateral) y el acto administrativo (acto unilateral) son mayores que las similitudes y marcan dos instituciones muy diversas del derecho administrativo, por lo que cualquier libro de la materia con uno o más acápites acerca de los contratos administrativos muestra cómo no es posible analizar conjuntamente a los contratos y a los actos unilaterales de la administración, por lo que, según señala, tampoco es posible conceptuarlos conjuntamente⁷⁷, opinión con la que concordamos.

De igual modo, al conceptuar el acto administrativo, Danós señala que por ser un acto de carácter esencialmente unilateral tampoco están comprendidos los contratos que celebre el Estado con los privados o los convenios interadministrativos por tratarse de acuerdo de voluntades y no de decisiones administrativas unilaterales⁷⁸.

Otros autores, como Pando, diferencian al acto administrativo del contrato, señalando que en el caso del acto administrativo se trata de una decisión unilateral de la administración mientras que en el caso del contrato se trata de un acuerdo bilateral⁷⁹. Así, Pérez – Dayán refuerza esta idea, señalando que el acto administrativo es una declaración de voluntad administrativa, unilateral y concreta, tendiente a crear consecuencias jurídicas directas e inmediatas⁸⁰.

Es necesario citar nuevamente a Gordillo cuando, con relación a la diferencia entre acto administrativo y contrato administrativo, señala:

⁷⁷ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III. Edición 10, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009, p. IV-23. Consulta: 19 de abril de 2012.
< http://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo4.pdf >

⁷⁸ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, *¿Constituye el Acto Administrativo fuente del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Peruano?*, Revista de Derecho Administrativo, Lima, diciembre, 2010, p. 22.

⁷⁹ PANDO VILCHEZ, Jorge, *La Rescisión Administrativa por Lesión en la Contratación Pública de Bienes y Servicios: Un Acto Administrativo Nulo*, Derecho & Sociedad, Lima, diciembre, 2007, p. 134.

⁸⁰ PÉREZ – DAYÁN, Alberto. *Teoría General del Acto Administrativo*. Porrúa, México D.F., 2003, p.100.

“Dentro de los actos realizados en ejercicio de la función administrativa y que producen efectos jurídicos existe una diferencia de régimen entre aquellos que se realizan de común acuerdo entre la administración y otro sujeto de derecho, para reglar derechos y deberes comunes, y las manifestaciones meramente unilaterales de la administración que realiza ella por su cuenta y por su sola voluntad. Los primeros reciben generalmente la denominación de “contratos administrativos” y tienen un régimen propio diferenciado y bastante autónomo: ante tal circunstancia cabe preguntarse si no es más conveniente evitar la duplicación de los términos “acto administrativo” y “contrato administrativo.” Puesto que estos últimos tienen ya una caracterización propia y específica y una denominación corriente y también específica, cabe conceptuarlos y caracterizarlos independientemente de los actos unilaterales y reservar el concepto de “acto administrativo” exclusivamente para los primeros, atento que los segundos tienen ya su denominación propia”⁸¹. (El subrayado es nuestro)

En consecuencia, podemos decir que como un contrato administrativo no es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, no es un acto administrativo, en sentido restringido. Entonces, como el contrato administrativo es más bien un acuerdo de voluntades, no sería aplicable el artículo 10 de la Ley N° 27444, referido a las causales de nulidad, que señala como vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez.

Entonces, no habiéndose establecido como causal de nulidad del contrato el hecho de que este no se haya celebrado por escrito, ni en la Ley de Contrataciones del Estado, ni en la Ley de Procedimiento Administrativo General, que no establece causales de nulidad especialmente para los contratos administrativos, como sí lo hace la Ley de Contrataciones del Estado, consideramos que corresponde recurrir al Código Civil, cuya aplicación es supletoria en materia de contrataciones públicas. Al respecto, el artículo 144 de dicho Código, referido a la forma *ad probationem* y *ad solemnitatem*, señala que cuando la ley impone una forma y no sanciona

⁸¹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Edición 10, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009, p. X-7. Consulta: 16 de enero de 2012.
< http://www.gordillo.com/tomos_pdf/1/capitulo10.pdf >

con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto.

Para Castillo y Cortez, la forma *ad substantiam* o *ad solemnitatem* se exige en orden a la validez del contrato, de manera que sin ella éste es nulo, puesto que la forma constituye un elemento de aquel, por lo que también se le denomina forma constitutiva o sustancial. En cambio, la forma *ad probationem* tiene por función permitir y facilitar la prueba de la existencia de la relación contractual en un proceso y fuera de él, por lo que el contrato es válido así no reúna una determinada forma⁸².

Es decir, que aún cuando la Ley de Contrataciones del Estado dispone que el contrato se celebre por escrito, como no existe norma legal que sancione el incumplimiento de dicha disposición con la nulidad del contrato, aquel que se haya celebrado de otro modo es válido a nuestro entender, siendo importante precisar que la existencia del contrato deberá ser probada y en caso de no ser posible dicha probanza, si no existe la voluntad de pago por parte de la entidad, es probable que el pago no se realice.

En ese sentido, resultará indispensable que el proveedor demuestre que, aun cuando no se haya suscrito un contrato, la relación contractual sí existe por haberse llevado a cabo un acuerdo de voluntades entre las partes. La probanza de tal relación contractual podrá estar basada en correos electrónicos, videos, fotografías u otros medios que permitan demostrar que hubo acuerdo de voluntades, y que en base a ello se realizaron prestaciones a favor de la entidad.

Por ejemplo, pongámonos en el caso de una entidad pública que ha solicitado a una empresa que la provea de vehículos blindados para trasladar a los presidentes que vendrán a la ciudad para una reunión muy importante (contratación del servicio de alquiler de vehículos blindados).

⁸² CASTILLO FREIRE, Mario y CORTEZ PEREZ, César "La forma del Contrato". En: *Revista Jurídica del Perú*, Lima, N° 106, 1999, p. 12.

Como suele ocurrir en la práctica, la rapidez con la que se requiere el servicio genera que los funcionarios soliciten las cotizaciones y requieran los vehículos a la brevedad. El proveedor, de buena fe, y en base a lo conversado con los funcionarios de la entidad, con los que ha intercambiado correos electrónicos adjuntando cotizaciones y mediante los cuales se le solicita entregar los vehículos en un plazo determinado y por un período establecido, entrega los vehículos solicitados, llevándose a cabo los eventos programados, de los que existen numerosas fotografías y videos que incluso han sido publicados en diversos medios de comunicación.

¿Acaso no corresponde pagarle al proveedor por el servicio prestado aunque no exista contrato escrito? Queda claro que el proveedor deberá probar que existe una relación contractual, para lo cual podrá presentar los correos electrónicos intercambiados con los funcionarios de la entidad, estableciendo las condiciones del contrato para la realización del servicio, así como los videos y fotografías que demuestran que la entidad ha utilizado los vehículos para la realización del evento. En vista de todo ello, sí correspondería pagarle al proveedor; y, además, se deberá realizar un análisis de lo sucedido para determinar responsabilidades y sancionar a los funcionarios que corresponda.

Una vez que se ha probado la existencia de la relación contractual, y aún cuando ello no sea posible, podría ser aplicable el artículo 216 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece que si el contrato no incorpora un convenio arbitral, se considerará incorporado de pleno derecho el siguiente texto, que remite a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje - OSCE, cuya cláusula tipo es:

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

Entonces, no habiéndose suscrito un contrato entre la entidad y el proveedor; pero existiendo una relación contractual, sería posible aplicar la

cláusula tipo previamente citada; pero, para mayor seguridad, sería conveniente que las partes suscriban un documento mediante el cual reconozcan la existencia del convenio arbitral, con lo que un tribunal arbitral podría pronunciarse sobre el reconocimiento de las prestaciones a favor del proveedor para evitar el enriquecimiento sin causa a favor de la entidad.

Citando a Arrarte y Paniagua, Castillo y Sabroso señalan que la respuesta a si el enriquecimiento sin causa es materia arbitrable o no dependerá del tenor del convenio arbitral⁸³. En ese punto cabe referirnos a lo establecido en el artículo 13 de la Ley de Arbitraje⁸⁴ que establece que el convenio arbitral deberá constar por escrito y que podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente; pero además señala que se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el

⁸³ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita, *El arbitraje en la contratación pública*, Palestra, Lima, 2009, p. 76.

⁸⁴ Artículo 13 de la Ley de Arbitraje.- Contenido y forma del convenio arbitral.

1. 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.
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.
7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano.

acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

El referido artículo también establece que 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, entendiéndose por comunicación electrónica a toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos (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).

Además, la citada norma establece que se entenderá 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. Entonces, ¿qué sucedería si aun cuando no existiera contrato escrito las partes pactan un convenio arbitral de modo que la controversia surgida pueda ventilarse en sede arbitral? Consideramos que esto sería factible.

En conclusión, consideramos que es válido y conveniente recurrir al arbitraje para resolver las controversias derivadas de la ejecución contractual, con la finalidad de evitar el enriquecimiento sin causa a favor de la entidad y en perjuicio del proveedor, aun cuando no exista contrato escrito, porque esto último no implica la inexistencia de una relación contractual válida.

Finalmente, con relación a que si el enriquecimiento sin causa es materia arbitrable o no, Castillo y Sabroso hacen referencia a la Sentencia de Casación N° 825-2006 del 15 de diciembre de 2006, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República que, entre otros puntos, admite que el enriquecimiento sin causa es materia arbitrable. Sin perjuicio de ello, los referidos autores, también mencionan la Sentencia de Casación N° 500-2007 del 13 de junio de 2007, mediante la cual, dicha Sala habría admitido que el enriquecimiento sin causa no era materia

arbitrable. Según los autores, en torno a las pretensiones por enriquecimiento sin causa, no existe unanimidad de criterios para considerar que los tribunales arbitrales son competentes en materia de enriquecimiento sin causa en contratación pública; y, en los casos en que los tribunales se declaren competentes para conocer tales pretensiones, para que ellas se declaren fundadas será necesario que se cumpla con todos los requisitos que la doctrina y la ley establecen para que proceda la indemnización por enriquecimiento sin causa⁸⁵.



⁸⁵ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita, *El arbitraje en la contratación pública*, Palestra, Lima, 2009, pp. 78 – 81.

Sección IV

El pago directo por las prestaciones ejecutadas.

1. El pago derivado de la existencia de la relación contractual proveniente de la voluntad de las partes.

De acuerdo a la definición proporcionada por Osterling y Castillo, el pago es el medio ideal de extinción de las obligaciones, implica la ejecución de la obligación en las condiciones convenidas en su origen; es decir, el cumplimiento dentro de los términos previstos. Pagar implica actuar conforme a lo debido y llegar al destino natural de toda obligación, en estricto orden a lo convenido o previsto por la Ley⁸⁶.

Nuestro Código Civil no ha asumido una definición de pago; pero suelen presentarse tres acepciones usuales de la palabra pago: i) en el sentido común, el pago es el desplazamiento de una suma de dinero por el deudor a favor del acreedor, con el objeto de cumplir con una prestación de naturaleza pecuniaria, ii) en sentido jurídico, pago es el cumplimiento de cualquier prestación de dar, de hacer o de no hacer; y, iii) en su acepción más amplia el pago origina la extinción de la obligación, cualquiera que sea la forma que ella

⁸⁶ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Palestra, Lima, 2008, p. 443.

adopte, por lo que desde este punto de vista constituiría pago no sólo el cumplimiento de la obligación sino cualquier otro medio extintivo que empleen las partes, como la novación, compensación, condonación, transacción, entre otros⁸⁷.

Osterling y Castillo utilizan la palabra pago en su segunda acepción; es decir, como el cumplimiento de cualquier obligación de dar, de hacer o no hacer, interpretación que, según señalan, es coherente con lo previsto por el Código Civil que además, dentro del título pago trata expresamente sobre las obligaciones de dar sumas de dinero, específicamente, entre otros preceptos, en los artículos 1234, 1235 y 1237; pero en el mismo título regula la extinción, por su debido cumplimiento, de toda clase de obligaciones, lo que determina que la ley peruana no se circunscriba en esta materia a las obligaciones pecuniarias, lo que permite descartar la acepción de la palabra pago en su sentido común⁸⁸.

Los autores señalan al pago como un deber y un derecho, ya que el deudor, al pagar, cumple con su deber que emanara de la relación obligacional asumida; y, el acreedor tiene el derecho de exigir el pago y el deber de aceptarlo⁸⁹.

La Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento tampoco establecen una definición de pago; pero en el reglamento se ha regulado la oportunidad en que debe realizarse el pago.

En el artículo 180 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se establece que todos los pagos que la entidad deba realizar a favor del contratista por concepto de los bienes o servicios objeto del contrato se efectuarán después de ejecutada la prestación,

⁸⁷ OSTERLIN PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Palestra, Lima, 2008, p. 446.

⁸⁸ OSTERLIN PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Palestra, Lima, 2008, pp. 446 - 447.

⁸⁹ OSTERLIN PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Palestra, Lima, 2008, p. 447.

permitiendo que se realicen pagos anticipados cuando por razones de mercado el pago del precio sea condición para la entrega de los bienes o la realización del servicio. Asimismo, permite los pagos periódicos.

En la sección previa hemos desarrollado nuestra propuesta de que para evitar el enriquecimiento sin causa en perjuicio del proveedor las partes pueden acudir a la sede arbitral, aun cuando el contrato haya sido declarado nulo, se hayan ejecutado prestaciones adicionales sin seguir las formalidades de Ley o se hayan ejecutado prestaciones sin perfeccionarse el contrato respectivo.

En la presente sección pretendemos sustentar que, sin perjuicio de que las partes decidan acudir a la sede arbitral es posible que la entidad pública, previo informe legal y de conformidad presupuestal, decida pagar directamente por las prestaciones ejecutadas, sin necesidad de acudir al arbitraje para contar con un laudo que respalde el derecho al pago que tiene el proveedor.

Es cierto que el arbitraje, en contraste con la vía judicial, resultaría ser más beneficioso; pero, si la entidad reconoce que está pendiente un pago a favor del proveedor por haberse llevado a cabo la ejecución de prestaciones a su favor, nada obsta para que la entidad reconozca directamente las prestaciones ejecutadas y realice el pago respectivo sin necesidad de que el proveedor recurra a un arbitraje para el reconocimiento de su derecho.

Aun cuando el arbitraje tiene una serie de beneficios que ya hemos mencionado en la sección previa, no se debe dejar de lado que este medio de solución de controversias podría resultar costoso y, aunque el monto dependerá de la cuantía que esté en discusión, en algunos casos resultará oneroso recurrir a un arbitraje.

Según Ledesma, los costos en el arbitraje son los gastos efectuados directamente en el proceso por una de las partes para la persecución

y defensa de su derecho como sería el pago de los honorarios del abogado, a diferencia de los gastos arbitrales, que comprenden los honorarios y gastos del tribunal arbitral, del secretario, de la institución arbitral, de los peritos y de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral⁹⁰.

Teniendo en cuenta lo señalado por Ledesma y la consulta formulada a la tabla de cálculo de aranceles de la página web del OSCE, por un proceso cuya cuantía es de S/. 11 000.00 (Once mil con 00/100 Nuevos Soles), lo que corresponde a una adjudicación de menor cuantía, según los topes establecidos para el año 2012, se pagaría por arbitro único S/. 4 152.00 (Cuatro mil ciento cincuenta y dos con 00/100 Nuevos Soles) y por tribunal arbitral S/. 6 852.00 (Seis mil ochocientos cincuenta y dos con 00/100 Nuevos Soles)

Como puede apreciarse, el pago por arbitro único equivale al 37.75% de la cuantía, mientras que el pago por tribunal arbitral equivale al 62.29% de la cuantía. Estos montos resultan elevados, si se tiene en cuenta que de realizarse el pago directo no sería necesario efectuarlos.

Lamentablemente siempre existirá el temor a que dicha decisión de gestión sea observada y cuestionada por el órgano de control institucional de la entidad, más aún porque la Dirección Técnica Normativa del OSCE aún no ha dejado claro si corresponde pagar directamente al proveedor o iniciar un proceso en la vía correspondiente (tampoco ha definido si debe ser judicial o arbitral); pero, al amparo del principio general del ordenamiento jurídico que veda el enriquecimiento sin causa, sería posible sustentar ante el órgano de control institucional la decisión tomada por la entidad que, al fin y al cabo, ahorraría recursos humanos y económicos del Estado, pues aun cuando el arbitraje resulta ser en muchos casos más rápido

⁹⁰ LEDESMA NARVAEZ, Marianella, "Los costos en el arbitraje". En: *Revista de Derecho Foro Jurídico*, Lima, diciembre, 2010, p. 77.

y efectivo que un proceso judicial, será más costoso que realizar un pago directo.

Cuando el contrato se ha declarado nulo, se han ejecutado prestaciones adicionales sin seguir las formalidades de Ley para la aprobación de la adenda respectiva o se han ejecutado prestaciones sin suscribirse el contrato respectivo, estamos ante casos en los que no existe un documento (contrato o adenda) que sustente las prestaciones ejecutadas por el proveedor; pero, como ya hemos señalado previamente, la ausencia de dicho documento no implica que no exista relación contractual entre la partes, por lo que corresponde realizar el pago derivado de las prestaciones ejecutadas a favor de la entidad.

2. Pago sin utilidades.

La Opinión N° 059-2009/DTN, del 30 de junio de 2009, emitida por la Dirección Técnica Normativa del OSCE, señala:

"(...) de ser el caso que la Entidad se haya beneficiado con las prestaciones ejecutadas por el proveedor contratado de forma irregular, y en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento indebido, es arreglado a derecho que ésta reconozca a favor del tercero el costo de lo efectivamente ejecutado sin incluir la utilidad por no existir título válido (...)"

En dicha opinión, la Dirección Técnica Normativa del OSCE considera que es arreglado a Derecho que la entidad reconozca a favor del proveedor únicamente el costo de las prestaciones ejecutadas a favor de la entidad, sin incluir la utilidad por no existir título válido. Esta opinión se sustenta en la inexistencia de título válido para señalar que sí corresponde reconocer el costo de lo efectivamente ejecutado para evitar el enriquecimiento sin causa a favor de la entidad; pero no admite el reconocimiento de las utilidades. El razonamiento de la Dirección Técnica Normativa del OSCE podría ser considerado como

una manera de sancionar al proveedor que contrata al margen de la ley; pero no se debe dejar de lado que los proveedores, participantes, postores y/o contratistas sólo pueden ser sancionados por las infracciones establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; y que las sanciones sólo pueden ser impuestas por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

En vista de lo señalado en el párrafo precedente, no concordamos con lo señalado en la Opinión N° 059-2009/DTN porque, como se ha señalado previamente, la Ley de Contrataciones del Estado establece una serie de sanciones entre las cuales no está prevista el pago sin utilidades.

Sin perjuicio de lo señalado por la Dirección Técnica Normativa del OSCE en su Opinión N° 059-2009/DTN, dicha Dirección emitió la Opinión N° 042-2010/DTN, del 30 de junio de 2010, señalando lo siguiente:

“Corresponde a la Entidad, en cada situación concreta, decidir si reconocerá el precio de las prestaciones ejecutadas por el contratista de manera directa, o si esperará a que el proveedor perjudicado interponga la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente (...).”

En dicha opinión, la Dirección Técnica Normativa del OSCE ya no recomienda pagar únicamente el costo de las prestaciones ejecutadas; sino que se refiere al precio, el mismo que incluye la utilidad. Ya en el año 2011, mediante Opinión N° 008-2011/DTN, de 03 de enero de 2011, la misma Dirección Técnica Normativa del OSCE, nos desorienta aún más señalando en el numeral 2.2.3:

“ (...) en los casos en que la Entidad se haya beneficiado con las prestaciones ejecutadas por el proveedor contratado de forma irregular, en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento indebido, es arreglado a derecho que ésta reconozca a favor del tercero el costo (el subrayado en nuestro) de lo efectivamente ejecutado por no existir título válido (...).”

Y luego, en el numeral 2.1.4, de la misma opinión, señala:

“(…) corresponde a la Entidad, en cada situación concreta, decidir si reconocerá el precio (el subrayado en nuestro) de las prestaciones ejecutadas por el contratista de manera directa, o si esperará a que el proveedor perjudicado interponga la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente (…)”

Entonces, es evidente que la Dirección Técnica Normativa del OSCE, órgano encargado de elaborar documentación referida a aspectos de aplicación de la normativa de contrataciones, así como brindar asesoría de carácter técnico legal en materia de contrataciones públicas, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, no estableció de manera clara e inequívoca si corresponde reconocer el costo o el precio, generando confusión entre los operadores de la norma.

A partir de la emisión de esta opinión ambigua, es posible que se haya inducido a error a muchos proveedores y a los funcionarios de las entidades públicas encargados de ver estos temas, incluidos los de las áreas legales que consultan frecuentemente las opiniones publicadas en la página web del OSCE, que no estarán seguros si corresponde reconocer el precio o sólo el costo; y cuyas decisiones sobre esta materia serán observadas por el órgano de control institucional. Incluso es posible que una misma entidad haya reconocido en algunos casos el costo y en otros casos el precio, lo que puede ser visto por el Sistema Nacional de Control como una manera de favorecer a ciertos proveedores, aunque la intensión no haya sido tal.

En el año 2011, mediante Opinión N° 042-2011/DTN, emitida el 04 de mayo, la Dirección Técnica Normativa del OSCE señaló que:

“Por tanto, el proveedor que se encuentre en la situación descrita bien podría ejercer la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente a efectos que [sic] requerir el reconocimiento 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 en su favor, y, en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento sin causa, ordenaría a la Entidad reconocer no solo [sic] el íntegro del precio de la prestación ejecutada y sus respectivos intereses, sino

también las costas y costos derivados de la interposición de la acción."

En la opinión referida previamente, la Dirección Técnica Normativa ya muestra una idea más clara de que lo que corresponde es que la entidad pague el precio de las prestaciones ejecutadas y no sólo el costo; sin embargo, el panorama se aclara aún más mediante la Opinión N° 073-2011/DTN, del 05 de agosto de 2011, que entre otros aspectos, señala:

"Así, para que en el marco de las contrataciones del Estado se verifique un enriquecimiento sin causa es necesario que: (i) 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; y (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, como puede ser la ausencia de contrato (el subrayado en nuestro).

Por tanto, el 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 la prestación del servicio, 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 del servicio prestado, y sus respectivos intereses, sino también las costas y costos derivados de la interposición de la acción.

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.

No obstante, ello no afecta que el reconocimiento del servicio prestado 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 aquel que de haberse observado las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, habría tenido el carácter de contraprestación. Esto debido a que, como se ha señalado en el punto 2.1 de la presente opinión, 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.

Cabe precisar que al establecer el criterio antes indicado, este Organismo Supervisor se aparta de aquel que fue establecido en las Opiniones N° 104-2009/DTN y 008-2011/DTN."

Consideramos apropiada la aclaración formulada por la Dirección Técnica Normativa del OSCE, respecto de que el reconocimiento de las prestaciones prestadas por el proveedor a la entidad deba considerar el íntegro del precio de mercado de tal servicio, el cual incluye la utilidad del proveedor; pero nos preguntamos qué habrá sucedido en los casos que se produjeron en 2009 y en los que la entidad sólo reconoció el costo de las prestaciones efectivamente ejecutadas siguiendo el criterio establecido por la Dirección Técnica Normativa. En estos casos, ¿podrá el proveedor solicitar posteriormente el reconocimiento de las utilidades? Creemos que ello es posible, pues el proveedor tiene derecho al íntegro del precio de las prestaciones ejecutadas.

Es probable que algunas entidades hayan reconocido sólo el costo de las prestaciones ejecutadas, y no por haber realizado un análisis acerca de la inexistencia de título válido; sino únicamente porque así lo señalaron algunas opiniones del OSCE, con la finalidad de evitar observaciones del órgano de control institucional.

Otras entidades, creemos que pocas, habrán reconocido el precio de las prestaciones ejecutadas, incluyendo las utilidades, seguramente contando con un análisis de su área legal; pero tal vez la actuación de los funcionarios involucrados ha sido observada por el órgano de control institucional, a través de hallazgos y cuestionamientos. Lamentablemente, los órganos de control institucional, muchas veces optan por seguir al pie de la letra las opiniones del OSCE aunque, como ya se ha demostrado, puedan establecer criterios diversos sobre un mismo tema.

En todo caso, nos reconforta haber verificado que la Dirección Técnica Normativa del OSCE ha modificado el criterio previamente establecido, el mismo que respaldará el reconocimiento de los precios que de otro modo hubieran podido sustentarse en el principio de molaridad, la ética y la buena fe.

CONCLUSIONES

1. Cuando las entidades públicas contratan para la adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras, existen acciones u omisiones que podrían generar el enriquecimiento sin causa a su favor, con el consecuente empobrecimiento del proveedor.
2. Los proveedores que contratan con el Estado lo hacen con la finalidad de obtener una retribución económica por los bienes que entregan, los servicios que prestan o las obras que ejecutan, por lo que la acción por enriquecimiento sin causa es una forma de protegerlos.
3. Las entidades públicas que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, están obligadas a seguir las formalidades y procedimientos descritos en dichas normas legales cada vez que requieran contratar servicios, adquirir bienes o ejecutar obras.
4. El incumplimiento de las formalidades y requisitos legales por parte de la entidad pública o del proveedor para la adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras no genera un respaldo

- para que la entidad se niegue a pagar por las prestaciones que el proveedor ha ejecutado a su favor.
5. El Código Civil vigente veda el enriquecimiento sin causa y obliga al enriquecido sin causa a indemnizar al favorecido.
 6. La entidad, en cumplimiento del principio de moralidad, en respeto de la ética y la buena fe, debe reconocer el precio total que corresponde a las prestaciones efectivamente ejecutadas por el proveedor, el mismo que incluye las utilidades.
 7. En caso de que el proveedor haya obrado de mala fe, por ejemplo, presentando documentos falsos o inexactos que hayan generado la nulidad de oficio, también corresponderá que la entidad reconozca el precio total de las prestaciones ejecutadas; y será el Tribunal de Contrataciones del Estado el que se encargue de sancionar al proveedor, no siendo posible que la entidad lo sancione de otro modo, como descontándole las utilidades, pues no cuenta con amparo legal para ello.
 8. La Dirección Técnica Normativa del OSCE ha opinado favorablemente acerca del reconocimiento del precio (incluyendo utilidades), apartándose de los criterios establecidos previamente en los que sólo se pronunciaba a favor del reconocimiento del costo.
 9. Es posible discutir el enriquecimiento sin causa en sede arbitral por tratarse de un tema de libre disposición y por tener contenido patrimonial. Además, 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; es decir, que también será posible someter a arbitraje aquellas controversias en las que se discuta la inexistencia del contrato.

10. El convenio arbitral deberá constar por escrito y podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. Se entenderá que 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.
11. Resulta más conveniente para el Estado y el proveedor que el precio por las prestaciones ejecutadas sea directamente reconocido por la entidad, evitando con ello recurrir a procesos judiciales o arbitrales, ya que los procesos judiciales son extensos y por ello sus resultados inoportunos, mientras que los procesos arbitrales, a pesar de ser más eficientes que los judiciales, podrían resultar onerosos para el proveedor y para el Estado, como ya se ha sustentado previamente.
12. Las situaciones planteadas en el presente trabajo constituyen circunstancias que se producen en la práctica y que podrían ser resueltas teniendo en cuenta los fundamentos expuestos, los cuales deben ser sustentados documentalmente en cada caso.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

1. BOQUERA OLIVER, José María. *Estudios sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 1982, 201 páginas.
2. CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo III, Heliasta, Buenos Aires, 1998, 660 páginas.
3. CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo IV, Heliasta, Buenos Aires, 1998, 504 páginas.
4. CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo VI, Heliasta, Buenos Aires, 1998, 542 páginas.
5. CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1999, 324 páginas.
6. CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. *El arbitraje en la contratación pública*, Palestra, Lima, 2009, 275 páginas.
7. CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo. *Arbitraje: el juicio privado: la verdadera reforma de la justicia*, Palestra, Lima, 2007, 268 páginas.
8. DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel y DIEZ – PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988, 208 páginas.
9. DROMI, José. *Acto Administrativo. Ejecución, suspensión y recursos*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1973, 203 páginas.
10. FERRANDO, Ismael. *Contratos administrativos*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2002, 696 páginas.
11. GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Edición 5, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, XVI-24 páginas.
12. GRANILLO OCAMPO, Raúl Enrique, *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Astrea, Buenos Aires, 1990, 231 páginas.
13. GONZÁLES PEREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1999, 257 páginas.

14. GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. *Manual de contratación y responsabilidad de la administración*, Comares, Granada, 2004, 894 páginas.
15. JIMÉNEZ VARGAS – MACHUCA, Roxana. "El principio de la buena fe". En: *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2001, 13 páginas.
16. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Curso de Obligaciones*, Tomo II, Zavalía, Buenos Aires, 2004, 372 páginas.
17. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Curso de Obligaciones*, Tomo III, Zavalía, Buenos Aires, 2004, 364 páginas.
18. ORAMAS GROSS, Alfonso. *El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones*. Edino, Bogotá, 1988, 164 páginas.
19. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Compendio de Derecho de las obligaciones*. Palestra, Lima, 2008, 1002 páginas.
20. PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo IX. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, 958 páginas.
21. PERALTA ANDÍA, Javier Rolando y PERALTA ZECENARRO, Nilda. *Fuente de las Obligaciones en el Código Civil*, Idemsa, Lima, 2005, 788 páginas.
22. PEREZ – DAYÁN, Alberto. *Teoría General del Acto Administrativo*. Porrúa, México D.F., 2003, 2012 páginas.
23. REVOLLO PUIG, Manuel. *El enriquecimiento injusto de la administración pública*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995, 485 páginas.
24. REVOREDO MARSANO DE MUR, Delia. *Instituciones del Derecho Civil peruano (visión histórica)*. Tomo III. Fundación M.J. Bustamante De La Fuente/ UNIFE, Lima, 1996, 2377 páginas.
25. VÁSQUEZ OLIVERA, Salvador. *Derecho de Obligaciones*. Adrus, Arequipa, 2004, 482 páginas.

Revistas:

26. BACA ONETO, Víctor Sebastián, "La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento". En: *Revista de Derecho Administrativo*, mayo, 2009, 25 páginas.

27. BERAMENDI GALDÓS, Gustavo, "Contratación pública: El triunfo de la forma sobre la sustancia". En: *Revista Peruana de Derecho Administrativo*, Lima, 2006, 28 páginas.
28. CAMPOS MEDIDA, Alexander, "La arbitralidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos". En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3, Lima, 2006, 22 páginas.
29. CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita, "El arbitraje y los adicionales de obra". En: *Derecho PUCP*, N° 66, Lima, 2011, 15 páginas.
30. CASTILLO FREYRE, Mario, MOLINA AGUI, Giannina, "Tienes más, tengo menos. Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del enriquecimiento sin causa". En: *Jus Doctrina & Práctica*, N° 2 Lima: Grijley, 2009, 16 páginas.
31. CASTILLO FREIRE, Mario y CORTEZ PEREZ, César. *La forma del Contrato*. En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 106, Lima, 1999, 31 páginas.
32. CASTILLO FREYRE, Mario, VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo y SABROSO MINAYA, Rita, "Nueva Ley de Arbitraje: ¿cuáles son las materias arbitrables?". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 177, Lima, agosto, 2008, 05 páginas.
33. DAMMERT LIRA, Alfredo, "Equilibrio económico – financiero en los contratos de concesión en obras de infraestructura". En: *Revista de Derecho Administrativo*, Lima, mayo, 2009, 08 páginas.
34. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, "¿Constituye el Acto Administrativo fuente del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Peruano?". En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 9, Lima, diciembre, 2010, 17 páginas.
35. DROMI, Roberto, "La verdad de Derecho Público": los valores". En: *Ius et veritas*, N° 33, Lima, 2006, 14 páginas.
36. GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "Nulidad y eficacia del acto administrativo en la Ley de Procedimiento Administrativo General". En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 40, Trujillo – Lima, junio, 2004, 21 páginas.
37. GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "Un acercamiento a los principios que rigen la contratación administrativa". En: *Revista de Derecho Administrativo*, Lima, mayo, 2009, 13 páginas.
38. HUAPAYA TAPIA, Ramón A., "Propuesta de una nueva interpretación del concepto de Acto Administrativo CONTENIDO EN LA Ley de Procedimiento Administrativo General". En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 9, Lima, diciembre, 2010, 19 páginas.

39. HUERGO LORA, Alejandro, "Los medios de resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo". En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 11, Lima, mayo, 2009, 20 páginas.
40. HURTADO FALVY, Juan Manuel, "La Dimensión Económica – Financiera en el Sistema Ecuacional de los Contratos de la Administración Pública Derivados de dos Procedimientos de Contrataciones del Estado". En: *Derecho & Sociedad*, N° 34, Lima, 2010, 07 páginas.
41. KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz, "El arbitraje administrativo en contrataciones y adquisiciones del Estado". En: *Revista Peruana de Derecho Administrativo*, Lima, 2006, 30 páginas.
42. LATORRE BOZA, Derik, "Una mirada iconoclasta y profanadora a la catedral: Competencia arbitral para declarar la nulidad de actos administrativos fictos". En: *Revista Derecho & Sociedad*, N° 29, Lima, diciembre, 2007, 10 páginas.
43. LEDESMA NARVAEZ, Marianella, "Los costos en el arbitraje". En: *Foro jurídico*, Lima, diciembre, 2010, 06 páginas.
44. LINARES JARA, Mario, "Adicionales de obra pública. Obra pública y contrato, adicionales, función administrativa, control público, arbitraje y enriquecimiento sin causa". En: *Revista de Derecho Administrativo*, Lima, mayo, 2009, 16 páginas.
45. LINARES JARA, Mario, "El Contrato Administrativo en el Perú". En: *Revista de Derecho Administrativo*, Lima, marzo, 2006, 24 páginas.
46. MARTIN TIRADO, Richard J., "LA NATURALEZA DEL CONTRATO ESTATAL. La necesidad de contar con un régimen unitario de contratación pública". En: *Revista Peruana de Derecho Administrativo*, Lima, 2006, 15 páginas.
47. MORALES CORRALES, Pedro G., "Nulidad del acto jurídico administrativo". En: *Derecho PUCP*, N° 50, Lima, diciembre, 1996, 14 páginas.
48. PANDO VILCHEZ, Jorge, "La Rescisión Administrativa por Lesión en la Contratación Pública de Bienes y Servicios: Un Acto Administrativo Nulo". En: *Revista Derecho & Sociedad*, N° 29, Lima, diciembre, 2007, 07 páginas.
49. PAREDES CARRANZA, Milagros, "La inexistencia de contrato y la acción por enriquecimiento sin causa como remedio ante las prestaciones ejecutadas". En: *Jus Doctrina & Práctica*, Lima, julio, 2008, 13 páginas.
50. RODRÍGUEZ RODRIGUEZ, Libardo, "El equilibrio económico en los contratos administrativos". En: *Derecho PUCP*, N° 66, Lima, 2011, 33 páginas.

51. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, "El arbitraje con el Estado en la nueva Ley Arbitral y en el régimen especial de contratación con el Estado". En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 177, Lima, agosto, 2008, 11 páginas.
52. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge y LOREDO ROMERO, 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". En: *Ius et veritas*, N° 33, Lima, 2006, 23 páginas.
53. SIRENA, Pietro, "La acción general de enriquecimiento sin causa: Situación actual y perspectivas futuras", En: *Revista Derecho y Sociedad*, N° 20, Lima, julio, 2003, 18 páginas.

Páginas web:

54. ABELIUK MANASEVICH, René. *Teoría del enriquecimiento sin causa*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2009, Consulta: 11 de julio de 2011 <<http://s3.amazonaws.com>>
55. GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Edición 10, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009, Consulta: 16 de enero de 2012. <http://www.gordillo.com/tomos_pdf/1/capitulo10.pdf>
56. OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la C. "Derecho de Obligaciones", En: *Selección de Guías de Estudio: Derecho*, Editorial Universitaria, Cuba, 2011, Consulta: 12 de julio de 2011 <<http://site.ebrary.com>>
57. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, vigésima segunda edición. Consulta: 25 de noviembre de 2011. <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=entuerto>
58. UBIDIA LIRA, Celia, *Los contratos públicos*. El Cid Editor, Argentina 2009, Consulta: 19 de noviembre de 2011 <<http://site.ebrary.com>>