

# La arbitrabilidad de las obras adicionales en la contratación pública



**ROXANA JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA**

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.  
Profesora de Derecho de las Obligaciones en la  
Universidad de Lima.

## SUMARIO:

- I. La arbitrabilidad objetiva (o material).
- II. La arbitrabilidad material en el Perú:
  1. Cuestiones arbitrables;
  2. Cuestiones no susceptibles de arbitraje.
- III. El caso de las prestaciones adicionales de obra pública:
  1. Las obras públicas;
  2. Prestaciones adicionales de obra. Concepto y marco legal.
- IV. Recurso de anulación: Causales:
  1. Recurso de anulación;
  2. Causales de anulación;
  3. Causal de anulación contenida en el artículo 63.1.e de la LA.
- V. La postulación de las pretensiones sobre adicionales de obra con fraude a la ley:
  1. Ejecución de obras adicionales y planteamiento de la demanda;
  2. El enriquecimiento sin causa y el fraude a la ley;
  3. Aplicación de oficio del artículo 63.1. de la LA.



## I. LA ARBITRABILIDAD OBJETIVA (O MATERIAL)

El ámbito de aplicación material del arbitraje o la denominada "arbitrabilidad objetiva" (*ratione materiae*) es un tema en continua evolución -y permanente discusión-, pues cada país va determinando el campo de la arbitrabilidad<sup>1</sup> en función de sus propias políticas y experiencia<sup>2</sup>, existiendo materias sobre las que no hay consenso<sup>3</sup>.

Al tratar acerca de las cuestiones que pueden ser resueltas mediante arbitraje, la arbitrabilidad objetiva puede enfocarse básicamente como una restricción legal a la facultad de disponer derivada de la naturaleza del conflicto<sup>4</sup>.

La delimitación del campo de la arbitrabilidad se encuentra directamente relacionada con la eficacia del arbitraje, pues si la materia no es arbitrable -por tratarse de controversias cuyo conocimiento ha sido reservado exclusivamente a la justicia ordinaria-, el laudo o el convenio

arbitral quedan expuestos a cuestionamientos válidos (dentro del propio proceso arbitral, como presupuesto de competencia de los árbitros<sup>5</sup>, o en sede judicial, mediante el recurso de anulación de laudo, en el reconocimiento de laudo y en el proceso de ejecución del laudo).

Para Vásquez Palma<sup>6</sup>, la inarbitrabilidad tiene tres orígenes: i) exclusiones por la naturaleza de determinadas relaciones jurídicas (*ratione materiae*); ii) por la eliminación del principio de autodeterminación de las partes; y, iii) por una indisponibilidad formal o procesal derivada de la atribución imperativa de jurisdicción. Por ello, señala que:

"la arbitrabilidad es una materia transversal, ya que constituye un presupuesto de la institución entera del arbitraje. Lo es de su existencia, al ser un requisito de validez y eficacia del convenio arbitral; es también, un límite a la facultad de las partes; y, al mismo tiempo, es poder y competencia de los árbitros. Por lo anterior, la inarbitrabi-

1. Se abordará la "arbitrabilidad objetiva" (que para muchos es la arbitrabilidad *stricto sensu*), y no la denominada "arbitrabilidad subjetiva" (*ratione personae*). Esta última responde a la pregunta de quiénes pueden acudir al arbitraje, apunta a evaluar la capacidad de disposición de las personas -lo que excluye a los incapaces y a quien esté en situación de *capitis diminutio*-, así como la autorización o habilitación para someter las controversias a arbitraje -aquí se analiza la posibilidad del Estado para participar en arbitrajes, tanto nacionales como internacionales-. Si bien ambos planos de la arbitrabilidad (la objetiva y la subjetiva) tienen aspectos comunes, su aproximación se realiza desde perspectivas distintas, debiendo separarse la aproximación sustantiva o material de la acepción personal.
2. Más aún si se parte de las diferencias cualitativas entre los sistemas jurídicos europeo-continenciales de raíz latina o germánica -donde en principio es el legislador quien, recurriendo a ciertas fórmulas de orden general, determina las categorías de litigios arbitrables- o el sistema del *common law* -donde en principio es la jurisprudencia la que, caso por caso, va perfilando las categorías jurídicas del arbitraje-, por lo que en el Derecho Comparado el estudio de este tema es muy rico.
3. Como el derecho concursal, derecho de la competencia, propiedad industrial, derecho societario, entre otros, tanto en el ámbito del arbitraje local como internacional y entre Estados.
4. La demarcación material del instituto arbitral, en su evolución histórica, ha tenido relación directa con su instrumentalización política, basada principalmente en la confianza que inspiraba la institución, orientándose en términos generales a cuestiones de orden patrimonial en la esfera privada de las personas y excluyéndose las materias que requerían del poder de imperio de un tribunal del Estado, así como las pertenecientes al ámbito penal.
5. En el examen que los árbitros realizan respecto de su propia competencia antes de iniciar el proceso, o al plantearse la excepción, oposición o cuestionamiento correspondiente una vez iniciado el mismo, y algunas veces en el mismo laudo.
6. VÁSQUEZ PALMA, Fernanda. "La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno". *Ius et Praxis*, Talca, 2006, volumen 12, número 1.

lidad es tanto una causa de impugnación del convenio arbitral y del laudo, como de oposición al reconocimiento y ejecución del mismo.<sup>7</sup>

## II. LA ARBITRABILIDAD MATERIAL EN EL PERÚ

En el Perú, el artículo 2.1 del Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje (en adelante, la LA) establece el marco de la arbitrabilidad objetiva, delineando el criterio base de las cuestiones (que denomina "materias") que pueden ser sometidas a arbitraje:

"Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.  
(...)."<sup>7</sup>

El eje orientador o criterio fundamental para determinar si la controversia que se suscite sobre un derecho es o no arbitrable, es la disponibilidad. Los derechos de libre disposición se relacionan, en principio, con los intereses esencialmente patrimoniales<sup>8</sup> y privados de las partes (que pueden ser objeto de transacción), y ciertamente abarcan cuestiones contractuales y extracontractuales.

Debe apreciarse que si bien la norma fija como marco general las materias de libre disposición, también establece la apertura al arbitraje de aquellas que la ley o los tratados autoricen. Lo que lleva a inferir que pueden arbitrarse conflictos que no versen sobre derechos disponibles, pero que por ley o tratado, o acuerdo internacional, se faculte su conocimiento y resolución en sede arbitral. Esto importa la inscripción en la tendencia de ampliar el ámbito de la arbitrabilidad, sin sujetarse a listas cerradas.

Esta norma (contenida en el artículo 2.1 de la LA) debe verse de forma sistemática con la Cuarta

7. La anterior Ley General de Arbitraje (Ley 26572) incluía el criterio negativo, esto es, un aparente listado excluyente y cerrado de derechos sobre los que se prohíbe a las partes recurrir al arbitraje en caso de una controversia:

"Artículo 1.- Disposición general.-

Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:

1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.
2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.
3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, si podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.
4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público."

8. La patrimonialidad es un criterio que se sustenta en el concepto de libre disponibilidad. Para ello, es adecuado tomar en consideración que la patrimonialidad del objeto de la obligación se encuentra representada por la "negociabilidad del bien o utilidad" que se persigue obtener por vía de la cooperación, expresada a través del despliegue de energías de trabajo: se estará ante obligaciones siempre que el objeto de la obligación sea susceptible de intercambio económico (y no lo estará, por ejemplo, cuando alguien se compromete a "donar" un órgano no regenerable del propio cuerpo -artículo 6 del Código Civil-, también en los denominados "deberes familiares", o ante la mal llamada "obligación alimentaria" -que es en realidad un deber jurídico de prestar alimentos-, y en general ante derechos irrenunciables o indisponibles, en los que puede apreciarse la existencia de una asignación de valor, pero no patrimonialidad del objeto, desde que el bien tutelado está fuera de toda posibilidad de intercambio económico. (Cfr. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La obligación: Apuntes para una dogmática jurídica del concepto". *Themis*, 1994, número 27-28, pp. 41-56.).

Disposición Complementaria de la misma LA, que establece que, en adelante, las referencias legales a los jueces -en cuanto a la resolución de controversias- incluyen a los árbitros, siempre y cuando se esté ante materia arbitrable y haya sometimiento al arbitraje:

“A partir de la entrada de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado por las partes.”

Haciendo un ejercicio de aplicación de este dispositivo al Código Civil peruano, algunas de las normas que aluden al juez como el llamado a resolver situaciones concretas y que ahora son extensivas a los árbitros serían<sup>9</sup>: asociaciones (artículos 85 y 92), modalidades del acto jurídico (artículos 182 y 186), copropiedad (artículos 971 y 973), derechos y obligaciones de los copropietarios (artículo 974), pacto de indivisión (artículo 993), obligaciones de dar (artículos 1144 y 1145), obligaciones alternativas y facultativas (artículo 1166), pago -disposiciones generales- (artículo 1224), transacción (artículo 1304), inexecución de obligaciones (artículo 1332), obligaciones con cláusula penal (artículo 1346), excesiva onerosidad de la prestación (artículo 1440), saneamiento por hecho propio del transferente (artículo 1528), compraventa sobre medida (artículo 1576), mutuo (artículo 1657), mandato (artículo 1791), depósito voluntario (artículos 1820 y 1839), secuestro (artículos 1861, 1862, 1864 y 1865), juego y apuesta (artículo 1942), gestión de negocios (artículo 1953),

responsabilidad extracontractual (artículos 1973, 1977, 1978 y 1983), prescripción extintiva (artículos 1992 y 1996).

## 1. Cuestiones arbitrables

La LA señala que también se puede someter a arbitraje las controversias que la ley, tratado o acuerdo internacional autorice, con lo cual no se cierra la puerta al arbitraje sobre materias que no sean de libre disponibilidad.

Actualmente, es viable el arbitraje en materia laboral, de telecomunicaciones, hidrocarburos, protección al consumidor, bolsa de valores, bolsa de productos, banca y seguros, contrataciones con el Estado, salud, transporte, propiedad informal, expropiaciones (el aspecto de la indemnización), aeronáutica civil, saneamiento, medio ambiente, concursal (con las precisiones anotadas), societario, entre otros, existiendo normativa que lo dispone.

Mención aparte merecen algunas cuestiones específicas sobre las cuales es posible acudir al arbitraje:

**Arbitraje sucesorio.** La LA establece de modo expreso la posibilidad de arbitrar en materia de sucesiones, mediante disposición testamentaria, respecto de las controversias que surjan entre sucesores, o entre ellos y los albaceas, incluyendo las relativas al inventario de la masa hereditaria, su valoración, administración y partición. Y agrega la norma que, a falta de estipulación arbitral en el testamento (sobre las controversias antes citadas), los sucesores y los albaceas pueden celebrar convenio arbitral para resolverlas mediante arbitraje<sup>10</sup>. Así, el sometimiento a arbitraje puede encontrarse

9. Ver MONTEZUMA CHIRINOS, Alberto. “Comentarios a la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje”. En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (coordinadores). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, p. 77.

10. Los antecedentes peruanos de esta norma (Decreto Ley 25935 y posteriormente Ley 26572) contemplaban la posibilidad de someter a arbitraje por parte del testador (como estipulación testamentaria) las diferencias que pudiesen surgir entre los llamados herederos no forzosos o entre legatarios respecto de las porciones de la herencia que les pudiese corresponder, o las referidas a la valoración, administración o partición de la herencia. Esto importó la exclusión de los conflictos que pudiesen surgir respecto de los legitimarios, por lo que las disputas que pudiesen

inmerso en un testamento que contenga una serie de disposiciones de última voluntad, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, como también ser la única disposición *mortis causa* que dicho testamento contenga.

Además, la estipulación arbitral podrá versar sobre conflictos que se susciten sobre los aspectos patrimoniales antes referidos y no sobre los no disponibles (la determinación de la *calidad* de legitimario, por ejemplo); por último, esta norma no colisiona con la contenida en el artículo 690 del Código Civil<sup>11</sup>, que prohíbe tanto que el testamento sea hecho por un tercero (apoderado del testador), como dejar al arbitrio o voluntad de un tercero la subsistencia o eficacia de las disposiciones testamentarias ya existentes, lo que es por completo distinto al arbitraje.

**Arbitraje estatutario.** En el Perú, el arbitraje estatutario fue incorporado en la derogada Ley 26572<sup>12</sup>, que fue la base para el artículo 48 de la Ley General de Sociedades<sup>13</sup>, el

mismo que fue modificado por la Tercera Disposición Modificatoria de la LA en los siguientes términos:

**"Artículo 48 Ley General de Sociedades.- Arbitraje.**

Los socios o accionistas pueden, en el pacto o en el estatuto social, adoptar un convenio arbitral para resolver las controversias que pudiera tener la sociedad con sus socios, accionistas, directivos, administradores y representantes, las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones, las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos y, para cualquier otra situación prevista en esta ley.

El convenio arbitral alcanza a los socios, accionistas, directivos, administradores y representantes que se incorporen a la sociedad, así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo.

---

involucrar, por ejemplo, controversias entre legitimarios, o cuestiones de valoración de bienes o extensión de legados existiendo la posibilidad de afectar la legítima, no eran susceptibles de ser sometidas a arbitraje. La razón de ello radicaba en considerar que siendo la legítima un límite a la facultad de disposición del testador, se trataba de un derecho indisponible en sí mismo (extendiendo tal noción a los derechos de los legitimarios, como si ellos no pudiesen disponer de su herencia). Lohmann critica esta postura, considerando que en realidad la prohibición respecto de los legitimarios estaba circunscrita a la testamentaria mas no a la posibilidad de que aquellos pudiesen acordar arbitraje para resolver los conflictos que surgiesen, dada la posibilidad -establecida en el Código Civil- de renuncia, cesión, transacción, etc., respecto de la herencia, sin distinguir entre legitimarios y "voluntarios". (Cfr. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. "Comentario a la Séptima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje". En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (coordinadores). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 87-89).

11. Que partiendo de la premisa básica de que las disposiciones testamentarias han de ser la expresión directa de la voluntad del testador, prohíbe que éste apodere a otra persona para testar, como para dejar sus disposiciones al arbitrio de un tercero.

12. "Artículo 12: Arbitraje Estatutario.

Constituyen convenio arbitral las estipulaciones contenidas en los estatutos o normas equivalentes de sociedades civiles o mercantiles, asociaciones civiles y demás personas jurídicas, que establecen arbitraje obligatorio para las controversias que pudieran tener con sus miembros, socios o asociados, las que surjan entre éstos respecto de sus derechos; las relativas al cumplimiento de los estatutos o validez de acuerdos, y para las demás que versen sobre materia relacionada con las correspondientes actividades, fin u objeto social."

13. "Artículo 48 (antes de su modificación por la vigente LA):

No procede interponer las acciones judiciales contempladas en esta ley o en las de aplicación supletoria a ésta cuando exista convenio arbitral obligatorio contenido en el pacto social o en el estatuto que someta a esta jurisdicción resolver las discrepancias que se susciten. Esta norma es de aplicación a la sociedad, a los socios o administradores aún cuando al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo, a los terceros que al contratar con la sociedad se sometan a la cláusula arbitral."

El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas de accionistas o socios. El pacto o estatuto social puede también contemplar un procedimiento de conciliación para resolver la controversia con arreglo a la ley de la materia."

Esta norma se encuentra complementada por la Sexta Disposición Complementaria de la LA:

"Sexta. Arbitraje estatutario.

Puede adoptarse un convenio arbitral en el estatuto de una persona jurídica para resolver las controversias entre la persona jurídica y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios, o las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones, o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos.

El convenio arbitral alcanza a todos los miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios que se incorporen a la sociedad, así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo.

El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas, asambleas y consejos, o cuando se requiera una autorización que exija la intervención del Ministerio Público."

El pacto social y los estatutos son los instrumentos fundadores que rigen la vida de las sociedades (en el Perú -artículo 5 de la Ley General de Sociedades- las sociedades se constituyen por escritura pública, la que contiene el pacto social, el cual incluye el estatuto, cuya modificación

requiere igual formalidad), y consisten en la decisión de dar nacimiento a la sociedad y (sobre todo) su ordenamiento jurídico. Así, de acuerdo a la normativa, es factible incorporar en el estatuto (desde el inicio o mediante posterior modificación) un convenio arbitral para resolver en esta sede las controversias que pudiesen suscitarse.

Este *convenio arbitral estatutario* tiene como particularidad el que desde un inicio no se identifican ni a las partes<sup>14</sup> de una potencial controversia ni a las cuestiones sobre las que ésta versaría<sup>15</sup> y, si bien es facultativo incluirlo, al haberlo hecho será de obligatorio cumplimiento.

Finalmente, se observa que se han excluido (respecto de la anterior Ley de Arbitraje) las materias relacionadas que versen sobre el fin u objeto social, lo que acarrea el debate acerca de si se puede considerar que estas cuestiones podrían encontrarse inmersas dentro de la noción de "cumplimiento de los estatutos"; o si podrían igual ser incorporadas en el convenio estatutario (o en convenio adicional entre socios) pues la norma tampoco lo prohíbe, o si -como opinan algunos- ya no son susceptibles de arbitraje, por lo que tales controversias inevitablemente habrían de ventilarse en la justicia ordinaria.

**Nulidad de acuerdos societarios y nulidad de acto jurídico.** En este punto conviene señalar que tanto la materia relativa a la nulidad (absoluta) de acuerdos como la de anulabilidad (vía la llamada "impugnación de acuerdos" de acuerdo a la LGS peruana) son susceptibles de arbitraje.

Debe recordarse que la nulidad del acto o negocio jurídico *con contenido patrimonial* (como los contratos, por ejemplo)<sup>16</sup>, asimilable por tal razón a la nulidad de acuerdos societarios<sup>17</sup>, es

- 
14. Pues quienes suscribieron el pacto social y establecieron el estatuto podrían ya no formar parte de la sociedad, así como los directores, administradores, representantes y gerentes.
  15. No solo es amplio el espectro de conflictos que pudiese darse al interior de una sociedad, sino que podría ser modificado su objeto social y muchas reglas del estatuto en el tiempo.
  16. No así la nulidad de un acto jurídico de contenido extrapatrimonial, como el reconocimiento de un hijo, por ejemplo.
  17. Aunque con su propia y diferenciada tramitación procesal.

materia arbitrable, tanto por tratarse de una materia con contenido disponible (dado su aspecto patrimonial), como por encontrarse prevista en la LA:

"Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

(...)

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

Aquí cabe precisar que al pactar arbitraje sobre determinada materia no se está disponiendo del derecho sustantivo sino de un medio procesal, una vía procesal<sup>18</sup>. Por ello, no es adecuado asimilarlo -algunos lo hacen- a la conciliación o a cualquier otro medio de solución de controversias autocompositivo o que no importe la intervención de un tercero imparcial que resuelva la controversia, y que se encuentre dotado de dicho poder por ley, como el juez o el árbitro.

**Materia pensionaria.** La materia pensionaria, en principio, es catalogada como derecho indisponible. En el caso del contrato de seguro complementario de trabajo de riesgo, se creó por norma un arbitraje obligatorio (enmascarado de convenio voluntario) mediante el Decreto Supremo 003-98-SA<sup>19</sup>.

Aquí, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 02513-2007-PA/TC, ha descartado el arbitraje obligatorio pero aprobado la constitucionalidad del arbitraje voluntario (fijando ciertas pautas para asegurarse que el asegurado realmente desee someterse al arbitraje):

"(...)

35. A diferencia del arbitraje obligatorio previsto en el artículo 9, el previsto en el artículo 25 es un arbitraje voluntario, que se inicia porque una de las partes está conforme con el pronunciamiento del Instituto Nacional de Rehabilitación, y que concluye con la resolución del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.

36. Sobre el particular, debe tenerse presente que este Tribunal Constitucional en la STC 00061-2008-PA/TC consideró que el arbitraje voluntario goza de la presunción de constitucionalidad debido a que su inicio tiene como fundamento el principio de autonomía de la voluntad, que constituye la esencia y el fundamento del proceso arbitral, por cuanto el arbitraje conlleva la exclusión

18. "(...) las partes no disponen del derecho sustantivo, o del derecho subjetivo derivado del conjunto de normas, dispositivas o imperativas del ordenamiento jurídico, sino que disponen del cauce procesal para la dilucidación del derecho." Cfr. HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, Antonio. "Materias objeto de arbitraje". En DE MARTÍN MUÑOZ, Alberto y Santiago HIERRO ANIBARRO (coordinadores). *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2006, p. 151.

19. "Artículo 9.

La sola suscripción de un contrato de seguro complementario de trabajo de riesgo, bajo cualquiera de sus coberturas, implica el sometimiento de las partes contratantes, así como de los ASEGURADOS Y BENEFICIARIOS a las reglas de conciliación y arbitraje a que se refieren los artículos 90 y 91 del Decreto Supremo 009-97-SA y la Segunda Disposición Complementaria del Decreto Supremo 006-97-SA, conforme al cual se resolverán en forma definitiva todas las controversias en las que se encuentren involucrados intereses de los ASEGURADOS, BENEFICIARIOS, INSTITUTO PERUANO DE SEGURIDAD SOCIAL, OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL, ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD, ASEGURADORAS Y ENTIDADES EMPLEADORAS."

de la vía judicial. Asimismo, se estableció que el arbitraje voluntario, para que sea considerado constitucional, debe cumplir con determinados requisitos en el momento de la instalación del órgano arbitral.

37. En este sentido, para que el proceso arbitral instaurado de manera voluntaria sea constitucional, debe reiterarse como precedente vinculante que: en el momento de la instalación del órgano arbitral el árbitro o árbitros deberán dejar constancia que informaron:
- Las ventajas que brinda el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.
  - Que para la resolución de su controversia se aplicará la jurisprudencia y los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
  - Que el asegurado o beneficiario, si lo prefiere, puede renunciar al arbitraje y preferir su juez natural, que es el Poder Judicial.
  - Que contra el laudo arbitral cabe el recurso que prevé la Ley General de Arbitraje.

El arbitraje voluntario será inconstitucional si es iniciado por la Aseguradora Privada o por la Oficina de Normalización Previsional y el asegurado o beneficiario no desea someterse a él. (...)"

En síntesis, la materia arbitrable<sup>20</sup> depende, en buena cuenta, de la decisión de cada Estado, pues rebasa el concepto teórico de indisponibilidad (ya en sí mismo no unívoco); así, la ley establece qué cuestiones son susceptibles de someterse al arbitraje y cuáles no.

## 2. Cuestiones no susceptibles de arbitraje

Partiendo del marco señalado (de derechos disponibles y ley), puede considerarse que **no** son susceptibles de arbitraje, en términos generales y hasta ahora, las siguientes cuestiones<sup>21</sup>:

- Reclamaciones referidas a delitos y/o faltas (con la acotación de que la reparación civil derivada de tales delitos o faltas sí puede ser materia susceptible de arbitraje por ser de disponibilidad del reclamante).
- Cuestiones referidas al estado y capacidad civil de las personas (incluyendo situación jurídica de la persona, adopción, nacionalidad, incapacidad e interdicción, representación y defensa del ausente, tutela, emancipación, paternidad, filiación, patria potestad, alimentos, cuestiones que rigen al matrimonio, nombre, etc.).
- Cuestiones que atentan contra la moral y las buenas costumbres.
- La integración y modificación de contratos<sup>22</sup>.

20. Se ha criticado la terminología de "materia" arbitrable, señalándose que en realidad la pregunta de qué arbitrar y qué no arbitrar debe responderse en función a derechos concretos y no a materias, clasificaciones, ramas jurídicas o algo que se le parezca. (Cfr. CASTILLO FREYRE, Mario, Ricardo VÁSQUEZ KUNZE y Rita SABROSO MINAYA. "Nueva Ley de Arbitraje: ¿Cuáles son las materias arbitrables?" *Actualidad Jurídica*. Lima, Gaceta Jurídica, agosto de 2008, número 177.

21. Ver CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. "Comentario al artículo 2 de la LA". En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (coordinadores). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 9-17.

22. En realidad este tema es más bien una precisión de la naturaleza del arbitraje como medio de solución de controversias, debiendo distinguirse entre árbitro y arbitrador. "Estaremos ante un 'arbitrador', por ejemplo, en aquellos casos en los que las partes acuerden que sea un tercero el que determine el precio del bien objeto de una compra-venta. Verifiquemos que aquí la intervención del tercero no se da para resolver una disputa, sino para completar o integrar un contrato incompleto. Siendo esto así, se dice que no puede considerarse que la actividad del tercero sea arbitral, ya que ésta presupone dos cosas: a) la previa existencia de una relación jurídica,

- Sobre marcas y patentes: si la discusión se refiere a su validez, el Poder Judicial tiene la exclusividad en la resolución de tal conflicto.
- En el caso del sistema concursal, la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal, admite la posibilidad de arbitrar las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del Plan de Reestructuración Patrimonial<sup>23</sup> (el resto debe ser resuelto por el Poder Judicial).
- Controversias referidas a la libre competencia.
- Cuestiones relativas a funciones o competencias de los órganos del Estado. Estas materias tienen sus propias vías y órganos jurisdiccionales competentes para su solución.

### III. EL CASO DE LAS PRESTACIONES ADICIONALES DE OBRA PÚBLICA

#### 1. Las obras públicas

Las obras públicas contienen normas de orden público que restringen su libre disponibilidad, dotándolas de reglas claras por tratarse de fondos públicos. Ciertamente, el que se trate de **contratos** no significa que se rijan por el derecho obligacional del Código Civil (salvo ciertos aspectos que no colisionen con las normas sobre contratación pública), por cuanto la patrimonialidad del derecho privado no solo apunta al contrato de prestación como susceptible de valoración económica (determinado por

elementos tales como la utilidad y la escasez), sino por la posibilidad de que la prestación se encuentre en el libre tráfico patrimonial.

En los contratos con el Estado, el precio por los bienes, servicios y obras que aquél debe pagar, se encuentra sujeto a una serie de pasos, procedimientos y aprobaciones regulados de modo riguroso; así se tiene, por ejemplo, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, la Ley General del Presupuesto, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, así como la Ley del Procedimiento Administrativo General.

En otras palabras, las posibilidades del Estado de celebrar contratos no se encuentran prohibidas (los bienes, obras y servicios que contrata están claramente dentro de las posibilidades de intercambio económico, de hecho las licitaciones públicas contienen una oferta lanzada a la competencia entre empresas que aspiran a ser contratistas), pero no son libres en el sentido empleado por el Código Civil, sino en un sentido particular, pues deben atravesar diversos filtros y controles por cuanto apuntan a satisfacer el interés de la comunidad a la que se deben y a la que responden.

Ahora bien, una vez recorridos los caminos de ley para la toma de decisión de adquirir el bien (la obra o el servicio) y una vez realizados los pasos de la licitación pública y celebrado el contrato (esto es, ya establecida y determinada la relación obligatoria), los conflictos derivados

y, b) la existencia de una controversia respecto de dicha relación jurídica. De la misma manera, se considera que la intervención de un tercero para modificar algunas estipulaciones de un contrato (por ejemplo, el precio de un producto o las condiciones de entrega) no es un arbitraje, ya que la función de este tercero no es la de solucionar una disputa entre las partes, sino la de cumplir con una delegación amistosa para modificar las condiciones de un contrato sobre el cual no existe conflicto. La consecuencia fundamental de esta distinción entre 'árbitros' y 'arbitradores' es que mientras en el primer caso los árbitros emitirán una resolución definitiva (cosa juzgada), en el segundo caso lo decidido por el 'arbitrador' podrá ser materia de discusión ante el Poder Judicial o, de existir pacto, ante un tribunal arbitral." (Idem., pp. 10-11)

23. "Artículo 73.- Solución de controversias relativas al Plan de Reestructuración

73.1 La Junta deberá establecer en el Plan de Reestructuración el fuero jurisdiccional, sea el judicial o el arbitral, para la solución de cualquier controversia que pudiera surgir sobre su ejecución o interpretación; en defecto de indicación, se entenderá que es el fuero judicial (...)."

de su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se pueden resolver mediante arbitraje, e inclusive mediante conciliación, pues ya se encuentran en el ámbito de la libre disponibilidad.

Empero, lo que se encuentre fuera de los alcances -ya previstos y aprobados- del contrato (como por ejemplo los presupuestos adicionales de obra que exceden cierto porcentaje), tiene rutas específicas excluyentes tanto del arbitraje (excluido de modo expreso) como del Poder Judicial (por ser de competencia exclusiva de la Contraloría) para su aprobación y pago.

Es por ello que, dentro de las regulaciones en este ámbito, se encuentran reglas concretas que extraen ciertas materias de la competencia de la jurisdicción arbitral (e inclusive de la jurisdicción estatal), dotándolas de procedimientos específicos que deben obligatoriamente seguirse ante determinadas autoridades.

## 2. Prestaciones adicionales de obra. Concepto y marco legal

2.1 Los presupuestos adicionales de obra son costos no previstos en el presupuesto original de una obra pública, generados por la necesidad de realizar obras adicionales a la misma para poder darle cumplimiento (a la obra original).

Como se ha señalado, en la contratación pública se encuentran en juego fondos públicos (salvaguardados por las leyes que se citarán a continuación) y la transparencia de los procesos de selección, y es por ello que se han establecido mecanismos específicos para casos concretos, como el de los presupuestos adicionales de obra.

2.2 La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Decreto Legislativo 1017, modificado por Ley 29873) establece en su artículo 41 (sobre prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones):

"41.2 Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del

monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, pospagos correspondientes serán aprobados por la Entidad. En el supuesto de que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede autorizarlas. Para ello se requiere contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que cuenta con los recursos necesarios. (...)"

Este mismo cuerpo normativo establece la prohibición de someter a arbitraje las controversias sobre ejecución de adicionales de obra, así como lo decidido por la Entidad contratante o por la Contraloría General de la República (en adelante, la CGR) sobre el particular:

"41.5 La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje. Tampoco pueden ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República."

2.3 Por su parte, el Reglamento de la referida Ley (aprobado por Decreto Supremo 134-2008-EF, modificado por Decreto Supremo 138-2012-EF) regula lo relativo a las prestaciones adicionales de obra que superen el 15% del monto del contrato original:

"Artículo 208".- Prestaciones adicionales de obras mayores al quince por ciento (15%).

Las prestaciones adicionales de obras cuyos montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, luego de ser aprobadas por el Titular de la Entidad, requieren previamente, para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República.

En el caso de adicionales con carácter de emergencia la autorización de la Contraloría General de la República se emitirá previa al pago.

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

De requerirse información complementaria, la Contraloría General de la República hará conocer a la Entidad este requerimiento, en una sola oportunidad, a más tardar al quinto día hábil contado desde que se inició el

plazo a que se La Entidad cuenta con cinco (5) días hábiles para cumplir con el requerimiento.

En estos casos el plazo se interrumpe y se reinicia al día siguiente de la fecha de presentación de la documentación complementaria por parte de la Entidad a la Contraloría General de la República.

El pago de los presupuestos adicionales aprobados se realiza mediante valorizaciones adicionales.

Cuando se apruebe la prestación adicional de obras, el contratista estará Obligado a ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento.

Las prestaciones adicionales de obra no podrán superar el cincuenta por ciento (50%) del monto del contrato original. En caso que superen este límite se procederá debiéndose convocar a un nuevo proceso por el saldo de obra por ejecutar, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponder al proyectista.

Los adicionales o reducciones que se dispongan durante la ejecución de proyectos de inversión pública deberán ser comunicados por la Entidad a la autoridad competente del Sistema Nacional de Inversión Pública."

2.4 La Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, se basa en una serie de principios fundamentales, entre los que destacan los siguientes:

- **Principio de equilibrio presupuestario**, según el cual "el presupuesto del sector público está constituido por los créditos presupuestarios que representan el equilibrio entre la previsible evolución de los ingresos y los recursos a asignar de conformidad con las políticas públicas de gasto, estando pro-

hibido incluir autorizaciones de gasto sin el financiamiento correspondiente”.

- **Principio de equilibrio macrofiscal**, que establece que la preparación, la aprobación y la ejecución de los presupuestos de las entidades preservan la estabilidad conforme al marco de equilibrio macrofiscal.
- **Principio de especialidad cuantitativa**, por el que “toda disposición o acto que implique la realización de gastos públicos debe cuantificar su efecto sobre el Presupuesto, de modo que se sujete en forma estricta al crédito presupuestario autorizado a la Entidad”.
- **Principio de especialidad cualitativa**, que establece que “los créditos presupuestarios aprobados para las Entidades se destinan, exclusivamente, a la finalidad para la que hayan sido autorizados en los Presupuestos del Sector Público, así como en sus modificaciones conforme a la Ley General”.
- **Principio de universalidad y unidad**, que responde a la noción fundamental de que todos los ingresos y gastos del sector público, así como todos los presupuestos de las entidades que lo comprenden, se sujetan a la Ley de Presupuestos del Sector Público.

Respecto al tema concreto de la autorización de obras adicionales, la Quinta Disposición Final de esta Ley establece:

“**Quinta.-** Sólo procederá la ejecución de obras adicionales cuando se cuente, previamente, con disponibilidad presupuestal, con aprobación del Titular de la Entidad mediante la resolución correspondiente, o en el caso de empresas, incluyendo aquellas bajo el ámbito de FONAFE, por Acuerdo del Directorio de la empresa, y en los casos en que su valor, restándole los presupuestos deductivos vinculados a

tales adicionales, no superen el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original.

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

Cuando se trate de la ejecución de obras adicionales en el marco de un proyecto de inversión pública, cuya viabilidad se haya visto afectada, el órgano competente deberá proceder a la verificación de la misma.”

## 2.5 La Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, tiene como objeto:

“Artículo 2.- Objeto de la ley

Es objeto de la Ley propender al apropiado, oportuno y efectivo ejercicio del control gubernamental, para prevenir y verificar, mediante la aplicación de principios, sistemas y procedimientos técnicos, la correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado, el desarrollo honesto y probo de las funciones y actos de las autoridades, funcionarios y servidores públicos, así como el cumplimiento de metas y resultados obtenidos por las instituciones sujetas a control, con la finalidad de contribuir y orientar el mejoramiento de sus ac-

tividades y servicios en beneficio de la Nación.”

Sobre los presupuestos adicionales de obra pública, esta Ley establece lo siguiente:

“Artículo 22.- Atribuciones.

Son atribuciones de la Contraloría General, las siguientes:

(...)

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

(...).”

“Artículo 23.- Inaplicabilidad del arbitraje

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

Asimismo, tampoco se podrá someter a arbitraje, las controversias que versan sobre materias comprendidas en los alcances de las atribuciones previstas en el literal k) del Artículo 22 de la Ley, las que no pueden ser sustraídas al

pronunciamiento que compete a la Contraloría General.”

Se observa que la normativa concerniente a las obras públicas, dada la necesidad de supervisión y control de los fondos públicos y de su destino, es consistente en cuanto a excluir lo relativo a los presupuestos adicionales de obra pública que superen el porcentaje de ley del ámbito de competencia de todo aquel (jurisdicción pública o privada) que no sea la Contraloría General de la República.

Específicamente, se señala que no es arbitrable la controversia que verse sobre tal materia (arriba del porcentaje establecido), y esa especificación se debe a que las normas sobre contrataciones del Estado establecen el arbitraje como vía de solución de controversias. Asimismo, es pertinente precisar que tampoco cabe considerar que podría evadirse el control de la Contraloría acudiendo a otra jurisdicción, como la estatal (Poder Judicial), por cuanto, con toda claridad, el artículo 23 de la Ley 27785 prescribe que dichas materias “no pueden ser sustraídas al pronunciamiento que compete a la Contraloría General”.

- 2.6 En la Directiva 002-2010-CG-OEA (aprobada por Resolución de Contraloría 196-2010-CG de fecha 20 de julio de 2010)<sup>24</sup>, se señala que para los fines del control gubernamental, la prestación adicional de obra es una “prestación no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal. Entiéndase que dicha prestación corresponde a obras complementarias y/o mayores metros, necesarios para alcanzar la finalidad

24. Cuyo objetivo es “Normar la potestad de control previo externo que corresponde a la Contraloría General de la República (en adelante CGR), contemplada en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, la Ley de Contrataciones del Estado y la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, sobre autorización previa de las prestaciones adicionales de obra previsto en la normativa de la materia, estableciendo las actuaciones, criterios de evaluación, información básica, recurso administrativo y demás aspectos de procedimiento que corresponden.”

del contrato. Las obras complementarias y/o mayores metrados que no cumplan las condiciones antes citadas, necesariamente deberán ser materia de nuevos contratos, cumpliéndose para ello con los requisitos y procedimientos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado, leyes presupuestales y demás normas complementarias; incurriendo en responsabilidad quien disponga o autorice su ejecución de otro modo”.

La Directiva citada indica que la CGR “ejerce control previo externo a las prestaciones adicionales de obra aprobadas por la entidad, cuya incidencia acumulada supere el 15% y no sea mayor del 50% del monto del contrato original, emitiendo pronunciamiento motivado previo a su ejecución y pago. La autorización previa de la CGR, faculta a la entidad a reconocer el presupuesto de la prestación adicional de obra, conforme a los términos del pronunciamiento emitido dentro del plazo legal.”

Agrega que “La GCR no autorizará prestaciones adicionales de obra cuya incidencia acumulada supere el 15% del monto del contrato original que estén ejecutadas o pagadas, salvo que sean calificadas como prestaciones adicionales de obra con carácter de emergencia, en cuyo caso la autorización se emitirá siempre previo al pago; sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan y del control posterior a cargo del Sistema Nacional de Control.”

Se señala también que en un contrato de obra, la incidencia acumulada de las prestaciones adicionales de obra no debe superar el 50% del monto del contrato original<sup>25</sup> y, de superar tal porcentaje, “se procederá a la resolución del contrato, debiéndose convocar a un nuevo proceso de selección para la contratación del saldo de obra por ejecutar, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponder al proyectista; conforme lo establece la ley de la materia”.

Para el cálculo del porcentaje de incidencia acumulado, la citada Directiva establece que “para calcular el porcentaje de incidencia acumulada de un presupuesto adicional de obra respecto al monto del contrato original, se sumarán algebraicamente los montos de todos los presupuestos adicionales de obra y presupuestos deductivos vinculados; dicho resultado será dividido entre el monto del contrato original y multiplicado por 100”.

Esta Directiva incide en que la tramitación de una prestación adicional de obra cuyo porcentaje de incidencia acumulado<sup>26</sup> supere el 15% del monto del contrato original debe realizarse con anticipación a su ejecución.

La aprobación del presupuesto adicional de obra por la CGR importa, en buena cuenta, la modificación del contrato de obra pública (ampliado de este modo sin licitación), lo que conlleva<sup>27</sup>, por ejemplo, la necesidad

- 
25. Se precisa en dicha Directiva que el contrato original es el “contrato suscrito como consecuencia del otorgamiento de la buena pro en las condiciones establecidas en las bases y la oferta ganadora. El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las bases integradas, expediente técnico y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.”
  26. También se prescribe que si la prestación adicional en trámite diere lugar “a la ejecución de partidas vinculadas con otras prestaciones adicionales anteriores, aprobadas y pagadas por la entidad por no exceder el 15% del monto del contrato original estipulado en la normativa de la materia, se requiere además:
    - a) Resolución aprobatoria de la ejecución de la(s) prestación (es) adicional(es) respectiva(s).
    - b) Presupuesto adicional respectivo.
    - c) Documentos sustentatorios correspondientes.”
  27. “Consentida la resolución de autorización previa de la prestación adicional de obra, la entidad efectuará la

de ampliación de la garantía de fiel cumplimiento a la ampliación.

En este Directiva se reitera la prohibición establecida en la ley de someter tanto la aprobación de adicionales de obra que superen el porcentaje indicado como la decisión de la CGR sobre el particular<sup>28</sup>.

- 2.7 Cabe también citar la Casación 5114-2009 LIMA, de fecha 04 de mayo de 2011, que se pronunció sobre este tema en concreto:

"NOVENO.- Que, en efecto, de conformidad a lo previsto por el artículo 23 de la Ley número 27785 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República no podrán ser objeto de arbitraje las decisiones que emita la Contraloría General en el ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión concordante con lo dispuesto por el artículo 1 numeral 4 de la Ley número 26572 Ley General de Arbitraje; asimismo tampoco pueden someterse a arbitraje las controversias que versan sobre materias comprendidas en los alcances de las atribuciones previstas en el literal k del artículo 22 de la precitada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, las que no pueden sustraerse del pronunciamiento que compete a la Contraloría General, esto es, conceder autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras cuyos montos excedan a los

previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento; siendo esto así, resulta evidente que la decisión de la Sala Superior al determinar que el antes citado organismo en ninguno de los tres casos autorizó el pago por los conceptos reclamados se colige que los Árbitros han laudado sobre materias que corresponden únicamente a las funciones de imperio del Estado, no advirtiéndose por tanto la aplicación indebida del artículo 73 inciso 7 así como del inciso 2 del mismo, habiéndose lesionado el derecho al debido proceso de PROVIAS, careciendo de asidero legal las argumentaciones señaladas por El Consorcio en este aspecto consistentes en que al formularse la Excepción de Incompetencia se ejercieron todos los medios de defensa, pues no tiene en cuenta que la jurisdicción arbitral ha sustentado su competencia en un convenio arbitral que no la facultaba para resolver una materia jurídicamente ajena al contrato."

Dada la claridad y especificidad de la legislación nacional citada, es indudable que las controversias relativas a presupuestos adicionales de obra que excedan los límites establecidos en la ley, no son arbitrables, por lo que los árbitros (así como los jueces estatales) son incompetentes para conocer tales cuestiones. Asimismo, tampoco es arbitrable lo decidido por la CGR (aquí sí son competentes los jueces estatales, pero específicamente los que conocen los procesos contencioso administrativos).

Es así que, aún de pactarse el sometimiento a arbitraje de estas cuestiones, tal convenio sería nulo (pues su objeto sería jurídicamente imposi-

---

modificación correspondiente al contrato, suscribiendo la respectiva cláusula adicional con el contratista, incluyendo la ampliación del monto de la garantía de fiel cumplimiento, cuya copia se remitirá obligatoriamente a la CGR dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de recepción de la autorización."

28. "La decisión de la entidad o de la CGR de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales de obra, no podrá ser sometida a arbitraje. Tampoco podrán ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra que requieran aprobación previa de la CGR."

ble). Y si las partes se sometiesen al arbitraje para ventilar este conflicto a lo largo del proceso arbitral y no cuestionasen el laudo en ese extremo, en el recurso de anulación (en caso se llevase a dicha revisión formal por alguna otra causal), siendo la "materia" no arbitrable, el Colegiado Superior (judicial) podrá declarar de oficio la nulidad definitiva del laudo arbitral, de acuerdo a la LA.

#### IV. RECURSO DE ANULACIÓN: CAUSALES

##### 1. Recurso de anulación

De acuerdo a la normativa peruana (artículo 62 de la LA), contra el laudo únicamente podrá plantearse el recurso de anulación, cuyo objeto es la revisión de la validez del laudo, debiendo la parte alegar alguna(s) de las causales establecidas en el artículo 63 LA.

"Artículo 62.- Recurso de anulación.

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral."

Debe recordarse que el análisis de la causal que se alegue no ha de importar la revisión del fondo de la controversia ni el razonamiento seguido por el tribunal arbitral<sup>29</sup>, estando terminantemente prohibido (pues se trata de una jurisdicción que debe ser respetada) pronunciarse sobre el fondo de la controversia, sobre el contenido de la decisión, o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral. Por ello, aunque el Colegiado

Judicial pudiese no estar de acuerdo con el razonamiento, criterio, posición jurídica o conceptos que emplee el tribunal arbitral o el árbitro único, no puede revisarlos más que en lo formal.

##### 2. Causales de anulación

Las causales de anulación de laudo se encuentran listadas en el artículo 63 de la LA:

"Artículo 63.- Causales de anulación.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.

b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.

d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.

g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en

29. El recurso de anulación de laudo no debe confundirse con una instancia, pues se trata de un proceso autónomo en el que de modo puntual se verifica el cumplimiento de determinados supuestos de validez del laudo arbitral.

el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.

3. Tratándose de las causales previstas en los incisos d. y e. del numeral 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso e podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

4. La causal prevista en el inciso g. del numeral 1 de este artículo sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.

5. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso a. del numeral 1 de este artículo se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la

controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral.

6. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso f. podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

7. No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos.

8. Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII.”

Estas causales guardan concordancia con otras normas al interior de la LA, como por ejemplo los supuestos contenidos en los artículos 29.7<sup>30</sup>, 41.4<sup>31</sup> y 41.5<sup>32</sup>, pues todos ellos pueden encajar en aquéllas.

30. Artículo 29.- Procedimiento de recusación.

(...)

7. La decisión que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable. Si no prosperase la recusación formulada con arreglo al procedimiento acordado por las partes, el reglamento arbitral aplicable o el establecido en este artículo, la parte recusante sólo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo. (...).”

31. “Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

(...)

4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo. (...).”

32. “Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

(...)

5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la

Asimismo, considero que las causales más relevantes tienen relación con la afectación al contenido esencial del derecho al debido proceso<sup>33</sup> (por ejemplo, derecho de defensa), sin que una de las partes hubiese podido hacerlo valer en el proceso arbitral<sup>34</sup>, o también cuando se trate de derechos indisponibles (mejor dicho, cuestiones no arbitrables), ante lo cual se deberá anular el laudo o, en su caso, no reconocerlo o no ejecutarlo.

Otro punto a mencionar es el relativo a la

Duodécima Disposición Complementaria de la LA<sup>35</sup>. Suele ser invocada como una causal (por ejemplo, de violación al debido proceso en su contenido esencial de derecho fundamental a la prueba, o de falta de motivación o motivación aparente, etc.). Empero, esta Disposición en realidad se refiere a la residualidad de los procesos de amparo y la idoneidad del recurso de anulación para las violaciones de derechos constitucionales en el arbitraje<sup>36</sup>, lo que en puridad se encuentra contenido en el artículo 63.b.1 de la LA.

terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia.”

33. “Como ha dicho la jurisprudencia española, debe tenerse en cuenta que el carácter antiformalista del procedimiento arbitral obliga a configurar (...) esta causal de nulidad (...) con una perspectiva más sustancial que formal, pues lo que se garantiza no es la protección de un interés rituario sino de ciertos derechos constitucionales cuyo contenido mínimo o esencial es inviolable en cualquier ámbito jurídico.” (Cfr. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Cit. por AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis. En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (coordinadores). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 699-670).

34. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la sentencia de fecha 21 de setiembre de 2011, recaída en el expediente 00142-2011-PA/TC (precedente vinculante), indicando lo siguiente:

«(...) de la especial naturaleza del arbitraje, en tanto autonomía de la voluntad de las partes y, al mismo tiempo, de la independencia de la jurisdicción arbitral, no supone en lo absoluto desvinculación del esquema constitucional, ni mucho menos del cuadro de derechos y principios reconocidos por la Constitución. Como ya ha señalado este Tribunal, *la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con observancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que imponen el derecho al debido proceso.*”

(STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9).

Ello es así por cuanto la función jurisdiccional se sustenta y se debe a la norma fundamental, más allá de la especialidad sobre la que pueda versar o de la investidura de quienes la puedan ejercer. De este modo y aunque se dota a la Justicia Arbitral de las adecuadas garantías de desenvolvimiento y se fomenta su absoluta observancia, la misma se encuentra inevitablemente condicionada a que su ejercicio se desarrolle en franco respeto al orden constitucional y a los derechos de la persona. (...)»

35. “**Duodécima. Acciones de Garantía.**

Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación de laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o del laudo.”

Por su parte el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional dispone:

“**Artículo 5.- Causales de improcedencia.**

No proceden los procesos constitucionales cuando:

(...)

2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de Hábeas Corpus.”

36. Con lo que además se reafirma la protección, a través de este recurso, de los derechos fundamentales que pudiesen haberse vulnerado en el laudo.

Finalmente, cabe señalar que el artículo 52.3 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado incorporó una nueva causal de anulación para el caso de los contratos con el Estado:

“El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento en este numeral es causal de anulación de laudo”.

Esta norma ha sido objeto de múltiples críticas, por cuanto se considera que atenta contra la prohibición de los jueces estatales de ingresar a analizar el criterio de los árbitros. Por otro lado, para sus defensores, esta norma salvaguarda la prioridad del derecho público sobre el privado para el caso de las contrataciones con el Estado, con lo que se protegen mejor los bienes e intereses estatales. En todo caso, la norma no ha señalado la consecuencia de la anulación del laudo, esto es, si se debe o no retornar el caso al tribunal arbitral o al árbitro para que vuelva a laudar (considero que ésta ha de ser la consecuencia, al igual que la prevista para la causal 63.1.6 LA).

### 3. Causal de anulación contenida en el artículo 63.1.e de la LA

Como se ha señalado, es causal de anulación del laudo cuando el tribunal arbitral o el árbitro ha resuelto sobre cuestiones manifiestamente no susceptibles de arbitraje, de acuerdo a ley. El mismo artículo, en su inciso 3, dispone que en caso tales materias no puedan ser separadas de las demás, ya no podrá anularse el laudo en forma parcial sino total (es decir, arrastrará lo demás).

Este mismo inciso establece que esta causal puede ser conocida de oficio por el órgano judicial que conoce el recurso de anulación de laudo.

Según lo que se viene desarrollando, puede deducirse que todo lo no arbitrable (de acuerdo a ley) es susceptible de ser anulado en sede judicial vía el recurso de anulación de laudo arbitral, tanto si es alegado como si no lo es; tanto si fue objeto de convenio arbitral o sometimiento de las partes como si no lo fue.

Es obvio que al declararse la nulidad del laudo por esta causal (de oficio o por alegación expresa del demandante en el recurso de anulación), no habrá reenvío, siendo tal nulidad de orden definitivo. Y si el laudo, o parte de él, se anula por esta causal, el artículo 65.e de la LA establece, como regla general, que la materia no susceptible de arbitraje podrá ser demandada judicialmente.

## V. LA POSTULACIÓN DE LAS PRETENSIONES SOBRE ADICIONALES DE OBRA CON FRAUDE A LA LEY

### 1. Ejecución de obras adicionales y planteamiento de la demanda

Con cierta frecuencia, se observa que en las obras públicas los contratistas ejecutan obras adicionales (fuera del expediente técnico y del contrato<sup>37</sup>) por encima del límite autorizado (es decir, del tope que no requiere la aprobación obligatoria de la CGR), a veces aprobadas de modo explícito por la Entidad, a veces de modo implícito, pero sin haber transitado en absoluto por la CGR.

Posteriormente, al momento de la liquidación de la obra, empieza el circuito de comunicaciones entre las partes, lo que terminará en un arbitraje. En estos casos, es común que en la demanda arbitral se plantee la pretensión

37. Recuérdese que las obras adicionales son prestaciones no consideradas (obras complementarias o mayores metrados) en el expediente técnico ni en el contrato, cuya realización es indispensable o necesaria para cumplir la obra principal (la finalidad del contrato).

imposible como pretensión principal (que el árbitro apruebe el adicional) y, como pretensión subordinada, la misma pero bajo una nueva forma jurídica, que puede ser la pretensión de enriquecimiento sin causa, la pretensión de indemnización de daños o, inclusive, la de excesiva onerosidad de la prestación.

La razón de esto es que los tribunales arbitrales son conscientes que de aprobar este tipo de conceptos no solo estarían atribuyéndose funciones de exclusiva competencia por mandato legal (todas normas de orden público) de la CGR, sino que estarían desacatando una prohibición expresa ("no se podrá someter a arbitraje") establecida en dichas normas.

Pero algunos, habiendo desestimado la denominada "pretensión principal", proceden a resolver la denominada "pretensión subordinada" invocando figuras jurídicas que en puridad apuntan a sustituir el pedido de concesión de montos por presupuestos adicionales de obra.

A modo de ejemplo se cita a continuación un fragmento de un laudo (sin mencionar datos de las partes ni del expediente):

"Este Tribunal Arbitral advierte que el monto reclamado por LA DEMANDANTE, sumado a los adicionales ya autorizados por LA DEMANDADA, superan el 15% del monto de EL CONTRATO original. El artículo 266 de EL REGLAMENTO establece que las obras adicionales cuyos montos por sí solos o restándole los presupuestos deductivos vinculados, superen el quince por cien (15%) del monto del contrato original, luego de ser aprobadas por el Tribunal o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda, requieren previamente, para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República.

Ello muestra que en el presente caso resulta evidente que no se ha cumplido ese procedimiento, por lo que tales trabajos no pueden ser aprobados ni pagados como obras adicionales.

En cuanto a la solicitud de LA DEMANDANTE respecto al pago de esos trabajos por excesiva onerosidad de la prestación, es de tener en cuenta lo que establece el artículo 1445 del Código Civil en el sentido de que la acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles. En el presente caso, la demanda se presentó después de vencido esos tres meses, por lo que no procede el pago por excesiva onerosidad.

Respecto a su pretensión indemnizatoria por enriquecimiento sin causa, este Tribunal Arbitral considera que el mismo está sujeto a que se cumplan los requisitos establecidos por el ordenamiento civil para dicho pago. Así, los artículos 1954 y 1955 del Código Civil establecen dichos requisitos.

El artículo 1954 del Código Civil establece la obligación genérica de indemnizar por parte de aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro. De la misma manera, el artículo 1955 de dicho cuerpo legal establece que esta acción sólo procede cuando la persona que ha sufrido el perjuicio no puede ejercitar otra acción.

Es decir, resulta menester determinar (i) si efectivamente ha existido enriquecimiento por parte de LA DEMANDADA a expensas de LA DEMANDANTE y (ii) si LA DEMANDANTE tenía otra acción para reclamar dicha indemnización.

Respecto al primer punto, este Tribunal considera que queda acreditado en autos que la ejecución de la prestación realizada por LA DEMANDANTE significó un mayor costo que el inicialmente pactado. Esta situación se debió principalmente al hecho de que habría tenido que recurrir a dos canteras distintas a las establecidas en el Expediente Técnico.

En autos obran dos peritajes que se pronuncian respecto a la idoneidad de dichas (...).

Sin embargo, aparece de autos que hasta la fecha los costos de dicha decisión y de la explotación de otras canteras han sido de cargo de LA DEMANDANTE. Ello implicaría la existencia de un enriquecimiento por parte de LA DEMANDADA en el sentido de que su patrimonio ha evitado verse mermado debido a que fue EL CONSORCIO quien asumió esos costos.

(...)

En base a los argumentos citados, este Tribunal Arbitral considera que resulta procedente disponer el pago a EL CONSORCIO de una indemnización por enriquecimiento indebido debiendo este Tribunal realizar una valorización equitativa conforme a lo establecido en el artículo 1332 del Código Civil. (...)

### Conclusión del Tribunal Arbitral

En base a los argumentos vertidos, este Tribunal Arbitral concluye que corresponde declarar, respecto al décimo punto controvertido, que (...) reconozca y pague a favor de LA DEMANDANTE la suma de S/. (...) más los reajustes calculados desde la fecha del valor referencial, en calidad de indemnización por enriquecimiento indebido derivado de los costos incurridos por EL CONSORCIO (...)."

Se aprecia que en este caso el Tribunal Arbitral, reconociendo el impedimento legal, descartó

de modo expreso su facultad para emitir pronunciamiento sobre tales materias<sup>38</sup>, pero en su lugar amparó las pretensiones bajo el manto de la figura de enriquecimiento sin causa.

Debo agregar que, lamentablemente, no es infrecuente que en estos casos, al acudir al recurso de anulación, no se invoque la causal contenida en el artículo 63.1.e de la LA, sino una o varias otras, que suelen carecer de sustento (por ejemplo, falta de motivación, estando el laudo suficientemente motivado).

### 2. El enriquecimiento sin causa y el fraude a la ley

De acuerdo al Código Civil peruano, cuando alguien se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo, siendo residual esta opción (esta pretensión es improcedente "cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización")<sup>39</sup>, como lo ha indicado el Tribunal Arbitral.

Por esta figura se otorga una pretensión de corte restitutorio a una persona contra otra, por haberse esta última enriquecida sin justa causa a su costa. Su basamento reside en que tal enriquecimiento se ha generado mediante una conducta que vulnera situaciones protegidas por el ordenamiento jurídico<sup>40</sup>.

38. Sobre el particular, los profesores Castillo Freyre y Sabroso Minaya señalan que "ante una situación de esta naturaleza, los tribunales arbitrales se podrían declarar incompetentes, tanto a pedido de una de las partes vía excepción de incompetencia, como a través de oficio (citan el artículo 63.1.e de la LA). En tal sentido, en caso de que no se esté de acuerdo con el pronunciamiento de la Contraloría General de la República -que denegó la aprobación del adicional-, la entidad deberá impugnar dicha decisión a través del recurso de apelación ante la propia Contraloría General de la República (impugnación administrativa) e incluso podría impugnar la decisión a través del proceso contencioso administrativo (impugnación judicial)." (Cfr. CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. "El arbitraje y los adicionales de obra". *Derecho PUCP*. Lima, 2011, número 66.)

39. Artículos 1954 y 1955 del Código Civil.

40. La residualidad de esta pretensión se basa fundamentalmente en el temor de que sea empleada distorsionando su finalidad y de ese modo se cometan fraudes a la ley.

"Más bien el problema está en evitar que mediante el enriquecimiento se perpetúen fraudes a la ley en el sentido de pretender hacerse de compensaciones aun cuando la ley determina específicamente la vía a seguir para la obtención de tutela." (Cfr. PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. "La Subsidiariedad de la acción (abstracta) del enriquecimiento sin causa". En *Código Civil comentado. Por los 100 mejores especialistas*. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica, marzo 2007, p. 887)

En mi opinión, como lo he señalado en diversas ponencias como integrante del Colegiado de una Sala Comercial, la discusión de la doctrina nacional respecto de si la pretensión de enriquecimiento sin causa es en sí misma arbitrable o no<sup>41</sup> es un falso dilema, pues de nada sirve analizar si procede o no que en sede arbitral se conozcan pretensiones de enriquecimiento sin causa (lo que por lo demás dependerá del caso concreto<sup>42</sup>) cuando de lo que se trata en estos casos específicos es verificar si en realidad se pretende por vía indirecta obtener lo que la ley prohíbe de modo directo. En otras palabras, si se está ante un **fraude a la ley**.

No es dable, por lo demás, que las partes acuerden o permitan voluntariamente la generación de un supuesto *enriquecimiento indebido*, máxime si se trata de contratantes profesionales especializados en contratación pública, que conocen a pie juntillas la normativa aplicable.

De ese modo, en los casos mencionados, por vía de la figura del enriquecimiento sin causa se

estaría disfrazando la contravención a normas de orden público por las que se prohíbe que se arbitre sobre determinadas materias.

El fraude a la ley consiste en burlar (conducta voluntaria) la aplicación de una norma imperativa desfavorable obteniendo que otra disposición favorable sea la que se aplique<sup>43</sup>, por lo que en el caso de los adicionales de obra en porcentaje superior al establecido por la ley, la pretensión de enriquecimiento sin causa estaría disfrazando la pretensión que verdaderamente se quiere (la aprobación en sede arbitral de estos conceptos en monto superior al permitido), y esto no es otra cosa que burlar la norma que prohíbe sustraer su conocimiento y aprobación de la CGR<sup>44</sup>. De ese modo, en vía indirecta algunos árbitros se auto-asignan funciones que por ley competen a la CGR<sup>45</sup>.

Debe señalarse que estos casos configuran tan solo un porcentaje del total, existiendo árbitros serios que declaran improcedente la demanda, habiendo realizado un análisis prolijo de lo

- 
41. La discrepancia radica en si se trata de una fuente autónoma de obligaciones (fuera del contrato y, por ende, no le alcanza el convenio arbitral), o si por tratarse de un conflicto suscitado en el marco de la ejecución de un contrato, corresponde ser ventilado dentro de un proceso arbitral.
  42. Por cuanto las controversias que surjan entre las partes respecto de una determinada relación jurídica de fuente contractual (ver el artículo 13 de la LA) pueden comprender las de todo tipo (lo que incluye las cuestiones extracontractuales) **que se deriven de dicha relación jurídica**, como la responsabilidad precontractual, el pago en exceso, y también el enriquecimiento sin causa.
  43. Sobre el negocio jurídico en fraude a la ley se ha señalado: "El negocio jurídico en fraude está conformado por dos negocios jurídicos. El primer es ineficaz porque las partes no se vinculan jurídicamente con tal reglamento de intereses y el segundo es válido porque tal acto de programación de intereses vincula realmente a las partes. Ellas han eludido la aplicación de normas imperativas celebrando un negocio jurídico simulado (aparente o falso). Las partes se han vinculado mediante un negocio jurídico diverso del aparente y por eso mismo tiene efectos entre ellas el negocio jurídico disimulado (verdadero). En tal sentido, las normas imperativas son aplicables al negocio jurídico verdadero (disimulado)." (Cfr. BRAVO CUCCI, Jorge, y Rómulo MORALES HERVIAS. "El negocio jurídico en fraude a la ley entre el derecho civil y el derecho tributario: una nueva visión para un viejo problema". Consulta en: <www.tributoydogma.blogspot.com>)
  44. En este trabajo no se emite opinión acerca de la conveniencia de que la CGR asuma esta función, o si la viene realizando de modo adecuado y eficiente. Más allá de si nos gusta o no que esta entidad se encargue de la aprobación de la ejecución y pago de las obras adicionales, lo cierto es que el ordenamiento jurídico peruano lo ha establecido así bajo normas de orden público.
  45. Sobre el fraude a la ley, el profesor chileno Alcalde refiere lo siguiente "... Ihering, remitiéndose al relato de Tito Livio, da cuenta de un célebre ejemplo de fraude a la ley. Se trató del caso de Licinius Stolo, célebre autor de las rogaciones que han recibido de él su nombre, el cual eludió su propia ley agraria, emancipando a sus hijos y transmitiéndoles una parte de sus posesiones agrícolas que excedía de la medida impuesta por la ley".

También comenta este mismo profesor (ya sobre el fraude a la ley en tiempos modernos) que "la opinión predominante se inclina por reprimir las figuras de fraude a la ley, con absoluta independencia de que las

subyacente en el planteamiento de las demás pretensiones (en caso se hubiesen planteado como disfraz de la pretensión prohibida de ser conocida), declarándose incompetentes para ingresar a conocer el fondo del conflicto.

### 3. Aplicación de oficio del artículo 63.1.e de la LA

En casos como el mencionado, y con los conceptos antes indicados sobre fraude a la ley (que importa una simulación), en aplicación del principio de primacía de la realidad, se ha concluido en varias sentencias judiciales sobre anulación de laudo, que la verdadera pretensión (la disimulada) es la misma que los propios árbitros descartaron por no haberse seguido el procedimiento establecido por la norma imperativa.

Por ello, siendo **en realidad** la misma pretensión (formulada de modo principal y su-

bordinado en numerosas oportunidades a lo largo del proceso arbitral), y estando fuera del ámbito de competencia del arbitraje, se ha arribado a la conclusión que le es de aplicación la causal establecida en el artículo 63.1.e de la LA, la cual –por su trascendencia– puede ser invocada de oficio por el Colegiado Judicial, lo que constituye una excepción al principio de congruencia procesal.

Así, de considerarse que en el laudo arbitral se ha decidido sobre materia/s no susceptible/s de arbitraje, y se anulase el mismo, no cabría ya ingresar a conocer las otras causales que se invocaron. Ello, por cuanto al ser la cuestión inarbitrable, no tendría sentido analizar si hubo suficiente motivación, si el convenio era eficaz, si el tribunal arbitral estaba adecuadamente conformado, si se siguieron las reglas establecidas en el reglamento o el convenio, etc.<sup>46</sup>

---

legislaciones de que se trata carezcan de un precepto legal concreto que lo sancione. Y así, por ejemplo, se ha destacado lo contradictorio que resultaría que la ley tolerara el fraude, pues sería pensar que prohíbe un resultado y que, a la vez, permite alcanzarlo (siempre bien entendido que lo prohibido sea el resultado y no un determinado medio de conseguirlo), sería contradictorio, porque sería pensar que prohíbe la infracción a cara descubierta, y permite que –ya que el fraude es también infracción– la solapada, que es aún más censurable, si cabe.<sup>47</sup>

(Cfr. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. "Teoría del fraude a la ley". Il Curso de Actualización Jurídica. Santiago de Chile, Universidad del Desarrollo, 2005.)

46. Esto es similar a la regla del Código Procesal Civil establecida en el artículo 450: si entre las excepciones se encuentra la de incompetencia, litispendencia o convenio arbitral, y el Juez declarase fundada una de ellas, se abstendrá de resolver las demás.