

APUNTES SOBRE EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO Y LA MATERIA ARBITRABLE RESPECTO DE ADICIONALES DE OBRA

ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA

Abogada, profesora de Derecho Procesal en la Universidad de Lima, y en la Maestría en Derecho
Procesal de la UPC. Árbitro del CONSUMED y de la Cámara de Comercio de Lima.

CARLOS PANIAGUA GUEVARA

Ingeniero Civil.
Árbitro del CONSUMED.

SUMARIO:

I. Contexto: el Estado y el arbitraje.- II. El arbitraje en la ley de contrataciones y adquisiciones del Estado y su reglamento: su tratamiento respecto de los contratos de obras públicas y de los adicionales de obra.- III. ¿Existe razonabilidad técnica y jurídica para considerar materia no arbitrable a los adicionales de obra superiores al 10%?.- IV. ¿Qué ocurre, con la obra, cuando los adicionales superan el 10% del valor originalmente previsto, y se requiere la intervención de la Contraloría General de la República?.- V. Las obras adicionales ejecutadas sin aprobación previa y el enriquecimiento sin causa.- VI. A manera de conclusión.

El presente ensayo pretende brindar al lector una apreciación, tanto legal como técnica, de algunos aspectos vinculados a la ejecución de los contratos de obras públicas y, específicamente, al tratamiento que tienen en nuestra legislación, los presupuestos adicionales superiores a un límite porcentual establecido. Así, se realiza un análisis crítico de la incorporación de un porcentaje preestablecido para determinar las obras adicionales que requieren aprobación previa de la Contraloría General de la República, así como de haber considerado este tema como materia no arbitrable, formulándose algunas propuestas en el ánimo de colaborar a un tratamiento más eficiente y justo en materia de obras públicas.

I. CONTEXTO: EL ESTADO Y EL ARBITRAJE

1. Un primer aspecto que nos suscita una reflexión preliminar, es por qué en nuestro ordenamiento jurídico, se ha establecido con carácter obligatorio, que las controversias derivadas de los contratos de ejecución de obras públicas, sean resueltas a través de un arbitraje –mecanismo esencialmente privado–, sin que quepa la posibilidad de que esta función pueda ser realizada por los Órganos Jurisdiccionales (entiéndase, el Poder Judicial), vía “originaria”, prevista en la Constitución Política del Estado para estos efectos.

Lo indicado tiene mayor sentido, si consideramos que detrás de la solución de conflictos derivados de la ejecución de un contrato de obra pública, se encuentra la realización de un interés eminentemente público, mientras en que el arbitraje, el carácter privado y particular constituye su esencia, su razón de ser.¹

2. No es el propósito de este ensayo, descifrar la “naturaleza jurídica” de las cosas, pero sí llamar la atención respecto a la necesaria aplicación del “sentido de realidad”, en lo que respecta a

¹ Refiriéndose a este tema, Bullard señala: “El encuentro aparente, idéntico, como uno ‘contra natura’, en el que las cosas son puestas al revés y la soberanía del Estado y sus potestades públicas, quedan sometidas a un sistema privado de solución de controversias. Entremos, así, a un mundo en el que la pública queda sometida a lo privado, uno donde la soberanía privada somete a la soberanía pública, con todo lo que ello pueda significar”.

Bullard, Álvaro. *Ensayos jurídicos: El arbitraje y los contratos administrativos*. En: Revista Peruana de Arbitraje, No. 2/2006. Editora Jurídica Grijley, Lima, p. 157.

la relación entre la eficiencia, corrección y fluidez en las relaciones económicas y comerciales del Estado, y los mecanismos de solución de las controversias que inevitablemente se suscitan en ellas.

En efecto, el Estado, no solo participa en la Economía de manera directa, a través de la celebración de contratos, comportándose en igualdad de condiciones que los particulares¹, sino que además, quiere fomentar que su contratación sea la más eficiente; para ello, necesita crear condiciones propicias para que terceros, particulares o no, quieran vincularse con el Estado, invirtiendo, abasteciendo de bienes y de servicios, e implementando infraestructura, en las mejores condiciones posibles en el mercado; en síntesis creando desarrollo. Ardua tarea.

Así, el Estado tiene que crear el "ambiente propicio", que le permita generar **confianza** en los potenciales contratantes. Uno de los aspectos centrales para ello, es asegurarse que de surgir conflictos, en sus relaciones jurídicas y económicas, estos serán solucionados de manera imparcial, pronta, adecuada, y que lo que se resuelva, será respetado y cumplido, incluso por él, es decir, que se someterá a la decisión de un tercero, despojándose de su *ius imperium*, y actuando como un privado más.²

3. Sin embargo, ¿esto implicaba inexorablemente que las controversias suscitadas en las relaciones contractuales con el Estado, no podrían ser resueltas por el Poder Judicial? En nuestra opinión, evidentemente, no. Esto significaba que el Estado debía proveer de un Poder Judicial autónomo e independiente, de jueces capacitados, a quienes se les respete la especialización en determinadas materias, y se les otorgue una carga procesal razonable que les permita resolver de manera pronta.³ En síntesis, que era imprescindible realizar una verdadera y comprometida **Reforma**, lo que indudablemente tenía un costo importante en tiempo, esfuerzo y dinero.

4. En términos prácticos, el Estado optó por lo urgente, lo inmediato. La necesidad de desarrollo económico no podía esperar, y terminó aceptando sus propias limitaciones, relegando esta necesidad de Reforma, y admitiendo que el arbitraje constituye, decididamente, un mecanismo más confiable que el jurisdiccional.

Nos parece pertinente indicar que, en nuestra opinión, esta "confiabilidad" a la que hemos referencia, no se vincula con el hecho de que en el Poder Judicial, la entidad contratante es el Estado, y que por ello, pueda actuar como "juez y parte", admitir esta tesis nos llevaría a sostener que el Órgano

¹ No debemos olvidar que, en muchos casos, en el interés de lograr mecanismos de contratación eficientes, podemos afirmar que el Estado —de alguna manera— ha "renunciado" al ejercicio de potestades que le son soberanas, como por ejemplo, a través de la celebración de convenios de estabilidad jurídica, con los que se otorgaba al contratante la "garantía" de que mientras su relación contractual esté vigente, no variarían las reglas existentes al momento de la celebración del contrato que los vincula, y que —se entiende— sirvieron para que el contratante evaluara y decidiera si invertía o no en nuestro País.

² "El problema que estamos resolviendo se hace aún más complejo en aquellos casos en los que el Estado interactúa contractualmente con los particulares. Cuando el Estado compra o vende o concede un servicio para que un particular lo explote, la tentación de usar su otro lado, es distinto a la del contratante, es decir, lo alijado por el *ius imperium*, se resuelve y la experiencia histórica así lo demuestra. El Estado es el único contratante que puede cambiar las propias reglas que acordó con su primera cara cuando su segunda era." BULLARD, Alfredo, *Op. Cit.*, p. 163.

³ Así, por ejemplo, Trayer, haciendo un reflejo sobre lo que denomina la "crisis de la justicia administrativa", según la cual las controversias debían ser resueltas previamente por la autoridad administrativa y solo en un segundo momento, por el Poder Judicial, a través del proceso contencioso administrativo, señala: "Es de todas conocido el momento de crisis que atraviesa la justicia administrativa. Desde el punto de vista del ciudadano, el proceso controversio-administrativo se desarrolla de forma lenta, concluye con una sentencia no siempre bien fundada y, aún reconociéndose el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva artículo 24.1. CE), esa resolución, en muchas ocasiones o bien resulta de imposible ejecución o bien carece de efectos alguno pues las circunstancias personales y reales han variado de tal modo que nada tienen que ver con el origen del litigio". TRAYER, Juan Manuel, *El Arbitraje de Derecho Administrativo*. En: *Revista de Administración Pública* No. 141, Mayo/Agosto 1997, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 75.

⁴ Así, un sociólogo autorizado de la doctrina racional, afirma que con el arbitraje, se garantiza la democratización con base en una "Sociedad arbitral" que asegura el principio universal de igualdad que debe prevalecer entre las partes, y que resulta indispensable para lograr soluciones que se encuentren en plena armonía con el sistema jurídico, con el interés económico subyacente al contrato respectivo, con su respectiva finalidad dentro del Derecho Público y con la finalidad de resolver la

Coherentemente con ello, el artículo 1 de la Ley 26572, Ley General de Arbitraje, establece que pueden ser sometidas a arbitraje nacional o internacional, las controversias derivadas de los contratos que celebren el Estado peruano con nacionales o extranjeros, e incluso aquellos que celebren personas jurídicas de derecho público entre sí.

2. Así, constituyen materia arbitrable, los conflictos derivados de los contratos celebrados por el Estado, en tanto implican cuestiones esencialmente disponibles por las partes¹¹, y que son manifestaciones de una actividad administrativa comercial. Cabe señalar que se encuentra al margen de lo que se regula como materia arbitrable, todo lo que se conoce como "actividad reglada" de la Administración, que implica el ejercicio de funciones de orden público.¹²

3. En esa línea argumentativa, y con la finalidad de que el Estado se encuentre en aptitud de contratar en mejores condiciones el suministro de los bienes y servicios que requiere, o vender aquellos que produce¹³, nuestra legislación ha determinado que el arbitraje constituye un mecanismo obligatorio de solución de los conflictos, que pudieran suscitarse –entre otros– en la ejecución de contratos de obras públicas.

Así, el Decreto Supremo No. 083-2004-PCM, Texto Único Ordenado vigente de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, la LCAE), ha dispuesto en su artículo 41, lo siguiente:

"Artículo 41.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente Ley incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(...)

b. Solución de controversias: *Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá, resolverse mediante conciliación o arbitraje.*

En caso que no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el reglamento.

Dicha disposición no resulta aplicable a las controversias surgidas en la ejecución de adicionales de obras, metrados no previstos contractualmente y mayores

¹¹ Art. 63.- (...) El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlos a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo dispone la ley".

¹² Al respecto, Rubio, señala lo siguiente: "El arbitraje no comprende el universo de conflictos jurídicos, sólo pueden arbitrarse aquellas materias sobre las cuales las partes tienen 'libre disposición', no siendo arbitrables los materias de 'orden público', por su naturaleza indisponible. Un indicador que puede ayudar a determinar la arbitrabilidad de una materia es el 'contenido patrimonial' de la controversia que se deriva de cualquier relación jurídica (contractual o no contractual). En tal sentido, cualquier controversia que verse sobre cuestiones patrimoniales puede ser sometida a arbitraje, salvo cuando se encuentre inoperablemente unida a materias indisponibles, sin tener autonomía propia". RUBIO GUERRERO, Roger, Solución de Controversias en la Fase Contractual. En: Material de Enseñanza de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Proyecto "Transparencia en las Adquisiciones Escasas", CONSUMODE/USAID, p. 20.

¹³ García Calderón, citó a Canal y Álvarez, quien afirma lo siguiente: "Es por ello evidente que no podrán someterse a arbitraje las conflictos derivados de la ejecución unilateral y reglada de la administración pública, mientras que su ámbito natural de aplicación se refiere a la actividad administrativa y comercial." GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo, Análisis del Arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. En: IUS ET PRAXIS, No. 32, Enero-Diciembre 2001, p. 145.

¹⁴ Refiriéndose a este tema, Cantuarias señala: "(...) Para nosotros es claro que si el Estado peruano no arbitrara los controversias generados en el campo de aplicación de la LCAE, lo más probable es que tendría pocas ofertas de los bienes y servicios que consume (sólo participarían aquellos que tienen menos conciencia el riesgo de someter al poder judicial peruano) y a mayores precios (ya que el riesgo de someterse a una instancia poco neutral, como es el Poder Judicial el Estado interviniendo en la operación, necesariamente afectará las condiciones de intercambio)". CANTUARIAS SALAZAR, Fernando, El arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. En: Derecho y Sociedad, Año XIX, No. 21, 2002, pp. 283-284.

prestaciones de supervisión, respecto de las cuales, la Contraloría General, ejerce el control previo y serán resueltas por éstas de acuerdo a los procedimientos establecidos por el indicado Organismo Supervisor para el efecto. (...)”¹⁴ (El resultado es nuestro)

A diferencia de lo que ocurría con el Decreto Supremo No. 012-2001-PCM, T.U.O anterior de la LCAE¹⁵, esta disposición no solo especifica la obligatoriedad del arbitraje como mecanismo de solución de controversias para estos contratos, sino que además excluye como materia arbitrable¹⁶, a los adicionales de obras, respecto de los cuales se ha establecido que la Contraloría General de la República (en adelante, CGR) ejerce un control previo. Este sería precisamente el tema central de nuestra reflexión.

4. Sin embargo, detengámonos un momento en la primera parte del mandato legal, esto es, el referido a que “*Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá, resolverse mediante conciliación o arbitraje*”.

Concretamente, nos preguntamos si una disposición de esta naturaleza, no vulnera la esencia misma del arbitraje, es decir, su voluntariedad.

Sobre este tema, Trayter, en posición que compartimos, señala que “*no estamos en presencia de auténticos arbitrajes cuando la única vía, impuesta legalmente, es la del sometimiento a la decisión de unas personas denominadas árbitros*”.¹⁷

En efecto, nótese que lo previsto en nuestra legislación, es un mandato imperativo e irrenunciable, es decir, no existe la posibilidad de utilizar la vía judicial, en tanto expresamente se ha excluido esta posibilidad, lo cual implica que —contrariamente a lo que ocurre con cualquier convenio arbitral—, si alguna de las partes, sea Estado o un particular, recurre a un Órgano Jurisdiccional, este debe declararse incompetente —incluso de oficio— para conocer cualquier controversia derivada de un contrato celebrado por el Estado, sin que quepa la posibilidad de que como producto de un acuerdo entre las partes, le otorguen competencia para emitir un pronunciamiento válido.¹⁸

¹⁴ La disposición referida a solución de controversias, conjuntamente con aquellas disposiciones obligatorias referidas a las cláusulas de garantías y de resolución de los contratos, es considerada por la doctrina nacional como una suerte de “*variante unitaria*”, de modo que quien tenga intención de contratar con el Estado sabe de su existencia y obligatoriedad. KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz, Op. Cit., p. 229.

¹⁵ “*Artículo 41.- Cláusulas obligatorias en los contratos de adquisición y contratación.*”

Los contratos de obras, de adquisición de bienes o contratación de servicios incluyen necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(...)

b. Cláusula de solución de controversias: Cuando en la ejecución o interpretación del contrato surge entre las partes una discrepancia, esta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitrable, según lo acordar las partes.

(...) (El resultado es nuestro).

¹⁶ Al respecto, Rubio señala lo siguiente: “*En el marco de las contrataciones y adquisiciones públicas, el arbitraje comprende la solución de controversias que surgen sobre la ejecución, interpretación, recalculación, insatisfacción, inejecución o invalidez del contrato, es importante sin embargo notar que, existe un impedimento con el contrato que no puede ser sometido a arbitraje: la decisión de la Contraloría General de la República sobre la ejecución de obras adicionales superiores al quince por ciento (15%) del monto total del contrato original*” RUBIO GUERRERO, Roger, Op. Cit., p. 20.

¹⁷ Asimismo, refiriéndose a la posibilidad de que se establezca el arbitraje como mecanismo de solución de controversias suscitadas en la ejecución de contratos administrativos, señala que el arbitraje administrativo no debe suponer la exclusión del recurso administrativo ordinario, debe ofrecerse al ciudadano la posibilidad, bien de optar por el arbitraje de Derecho administrativo, bien por la vía de interponer el recurso ordinario y el posterior recurso contencioso-administrativo. Según afirma, el espíritu de la ley (refiriéndose a la legislación española) es fomentar que los ciudadanos acudan voluntariamente bien al sistema tradicional de recursos, bien al arbitraje. TRAYTER, Juan Manuel, Op. Cit., p. 80.

¹⁸ En síntesis, lo que ha ocurrido es que el mandato legal ha regulado un sistema de competencia absoluta (a materia), el mismo que al tener carácter imperativo, no admite la posibilidad de ningún pacto entre las partes, que sustruya su aplicación.

Para salvar esta –en nuestra opinión– severa incompatibilidad legal, la doctrina nacional mayoritaria¹⁹ se ha inclinado por considerar el mandato de la LCAE como una “autoexigencia” para el Estado, quien debe incorporar la cláusula arbitral en sus contratos, más no implica la afectación a la voluntariedad del arbitraje.

Así, se sostiene que la incorporación de la cláusula de solución de controversias que prevé el arbitraje, es de público conocimiento para los futuros contratantes con el Estado, quienes cuentan con esa información, incluso antes de presentarse como postores en los procesos de selección. De este modo, quienes contratan, se limitan a aceptar esta condición, lo que no afecta la voluntariedad del arbitraje, en la medida que nadie está obligado a contratar con el Estado.

Más aún, para quienes sostienen esta posición –que reiteramos, no compartimos– esta tesis encontraría mayor sustento, en el artículo 11 de la Ley General de Arbitraje²⁰, que prevé la posibilidad de incluir un convenio arbitral en cláusulas generales de contratación y contratos por adhesión, siempre que exista una adecuada publicidad o que en las condiciones generales se halle inserto el convenio de arbitraje.

En nuestra opinión, existe una diferencia importante entre lo previsto en la LCAE y su Reglamento sobre la incorporación de un convenio arbitral en los contratos de obras públicas, y lo regulado en la LGA respecto de las cláusulas generales estándares. En efecto, en este último caso, es perfectamente posible que, pese a lo previsto en las cláusulas generales, las partes acuerden recurrir a un mecanismo de solución de controversias distinto al arbitraje inicialmente contemplado; sin embargo, en materia de contratación de una obra pública, no cabe la posibilidad de un pacto que cambie el fuero arbitral por uno judicial, lo que consideramos, ratifica que sí se afecta la voluntariedad del arbitraje.

5. Veamos ahora el segundo aspecto regulado en la LCAE, que es el punto central de nuestro ensayo, esto es, el referido a la exclusión de que se consideren materia arbitrable a los adicionales que superen una valla porcentual del valor del contrato de obra.

La LCAE ha determinado que los adicionales sujetos a control de la CGR, no pueden someterse a arbitraje. Por su lado, el Reglamento vigente de la LCAE (Decreto Supremo No. 084-2004-PCM), define los alcances de tal limitación, refiriéndose a aquellos adicionales que exceden el 15% del valor de la obra. Textualmente, la norma dispone:

“Artículo 266°.- Obras adicionales mayores al quince por cien (15%).- 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 aprobados por el titular 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, en el caso de adicionales con carácter de emergencia, dicha autorización se emitirá previa al pago. (...)” (El énfasis es nuestro)

¹⁹ KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. Op. Cit., pp. 235-236.

CUEVA MORALES, Carlos. El convenio arbitral en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. En: *Costedra*, Año V, No. 8 (2001), pp. 198-205.

GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. Op. Cit., pp. 142-149.

Sin embargo, este último admite la legalidad de la incorporación obligatoria del arbitraje, con cierto límite. Así indica que lo que resultaría ilegal es la incorporación de la cláusula arbitral de pleno derecho, ante la falta de pacto expreso, como lo prevalece el artículo 188 del Reglamento anterior, y como lo establece el artículo 274 del Reglamento vigente (Decreto Supremo No. 084-2004-PCM) de la LCAE. Afirma, que en este supuesto, no se puede incorporar este medio de solución alternativo de resolución de controversias, sin la voluntad de las partes, pues ello afectaría los principios de legalidad y debido proceso. Lo que no quita la responsabilidad frente a la CGR, del funcionamiento que celebró el contrato en esos términos.

²⁰ “Artículo 11.- Convenios arbitrales y relaciones jurídicas estándares.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contractuales en Cláusulas Generales de Contratación o Contratos por Adhesión, serán exigibles entre las partes en tanto dichos convenios hayan sido concertados o hayan sido concertables por la contraparte cuando lo diligente ordena. (...)”.

Ahora bien, merece un análisis algo más detenido, el tema del porcentaje que constituye el límite para que la Entidad pueda aprobar directamente un adicional de obra.

En efecto, la norma transcrita del Reglamento es clara al señalar que este límite es el 15% del monto fijado para toda la obra en el contrato original; sin embargo, surge una duda al respecto, toda vez que la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto (Ley 28411) ha establecido en su Quinta Disposición Final, que el límite máximo para la aprobación de obras adicionales, sin autorización previa de la CGR, es del 10%.²¹

Encontrándonos frente a 2 normas incompatibles, en tanto no pueden ser aplicadas de manera concurrente, resulta necesario recurrir a los principios de especialidad y de temporalidad, a efectos de determinar cuál de ellas es aplicable para la determinación del límite porcentual máximo para la aprobación directa de adicionales de obra.

En este sentido, si aplicamos el criterio de especialidad, tenemos que tratándose de obras públicas, podemos considerar que la determinación de qué debe entenderse como adicional, es una materia que compete a la LCAE, que regula la celebración y ejecución de los contratos de obra; mientras que, lo relacionado con los fondos que se utilizan para su pago, resultaría una materia específica, regulada por la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, por lo que consideramos que, por criterio de especialidad, esta última norma debe primar respecto de la primera (Reglamento de la LCAE), en cuanto al porcentaje que determina el límite para la aprobación directa de adicionales por la Entidad.

Por otro lado, si aplicamos el criterio de temporalidad, tenemos que tanto el TUO de la LCAE (Decreto Supremo No. 083-2004-PCM), como su Reglamento (Decreto Supremo No. 084-2004-PCM) se promulgaron el 26 de noviembre de 2004, mientras que la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto (Ley 28411) se promulgó el 8 de diciembre de 2004; desde esta perspectiva, también primaría lo establecido en esta última disposición legal respecto de los límites para la aprobación directa de los adicionales de obra.

Por lo antes expresado, si bien la LCAE y el Reglamento vigente, establecen que el porcentaje aplicable para estos efectos es del 15% del valor de la obra, consideramos que este ha sido modificado por la Ley 28411, por lo que la valla presupuestal a tener en cuenta, desde el año 2005 hasta la fecha, es del 10%.²²

²¹ "QUINTA: Se le permitirá 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, incluido los presupuestos definitivos vinculantes o tales adicionales, no superen al diez por ciento (10%) del monto total del contrato original".

Para el caso de las obras adicionales que superen el diez por ciento (10%) 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 el artículo 160 del Decreto Supremo No. 013-2001-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, de fecha 13 de febrero de 2001".

²² Abolviendo una consulta sobre vigencia de la normativa en materia de contrataciones públicas, la Gerencia Técnica Nacional del CONSUCODE, ha emitido la Opinión No. 55-2005-GTN 1114, en los siguientes términos:

"OPINIÓN: Los procesos de selección convocados antes de la vigencia de la nueva Ley y su Reglamento y los contratos que derivan de dichos procesos de selección se rigen por las normas vigentes al momento de la convocatoria del proceso. Los contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de la nueva Ley y su Reglamento, que aún se encuentren en ejecución o no se hayan liquidado, se rigen por las normas vigentes al momento de su celebración. El cálculo de la penalidad y el porcentaje máximo acumulado de éste se determinará conforme a la normativa de contrataciones y adquisiciones aplicable al contrato. En el caso de contratos sobre bienes y servicios, las Entidades podrán ordenar prestaciones adicionales hasta por un máximo equivalente al quince por ciento (15%) del monto del contrato original. En el caso de la ejecución de contratos de obras, debe atenderse a las disposiciones de la Ley de Presupuesto del ejercicio en el que se ejecute la prestación adicional. A partir del ejercicio 2005, la Quinta Disposición Final de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, establece en diez por ciento (10%) el límite máximo para la aprobación de obras adicionales sin autorización previa de la Contraloría General de la República." (El resaltado es nuestro)

III. ¿EXISTE RAZONABILIDAD TÉCNICA Y JURÍDICA PARA CONSIDERAR MATERIA NO ARBITRABLE A LOS ADICIONALES DE OBRA SUPERIORES AL 10%?

1. El porcentaje asignado a los adicionales de obra que requieren aprobación de la CGR, y que por ello, han sido considerados como materia no arbitrable, no es coherente con un criterio de razonabilidad técnica respecto de la obra a ejecutar.

La LCAE ni la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, sustentan el porqué del porcentaje asignado a los adicionales para requerir una aprobación previa de la CGR, en este caso, 10%, lo que —en nuestra opinión— es claramente arbitrario.

En efecto, en el transcurso del tiempo y en virtud de lo dispuesto en distintas normas presupuestales y de control, este porcentaje ha ido variando; así por ejemplo, en el año 2003 fue del 5%²³, en el año 2004 fue de 10%²⁴, y a partir del año 2005 varió del 15% inicialmente previsto para ese año, al 10%²⁵, y este es el porcentaje que se mantiene a la fecha.²⁶

2. Nuestra posición es que carece de sustento técnico colocar un porcentaje predeterminado, aplicable a todas las obras, con prescindencia de su naturaleza, teniendo como único parámetro restricciones presupuestales uniformes.

Lo recomendable, debería ser que los porcentajes de obras adicionales se establezcan tomando en consideración el tipo de obra a ejecutar; así por ejemplo, no resulta técnicamente adecuado asignar un mismo porcentaje de variación del presupuesto original (obras adicionales), a una edificación en la que razonablemente se pueden predeterminar todas las variables que afectarán su ejecución desde el Proyecto, que a una obra de distinta naturaleza, como por ejemplo, en una obra vial, o más aún a la construcción de un túnel, supuesto en el que solo será posible estimar las cantidades de material necesario para cada tipo suelo, así como el tipo y cantidad de sostenimiento que se requiere en función de lo que se pueda encontrar durante la ejecución misma de la obra. Todo ello, evidencia que no es posible prever, desde el Proyecto, todas las variables que podrían terminar afectando las actividades a realizar en su ejecución, y que determinarán la necesidad de modificar el presupuesto asignado de manera inicial.

3. Jurídicamente, consideramos que tampoco existe un sustento sólido para afirmar que los presupuestos adicionales que superen un porcentaje determinado del valor de la obra, no puedan ser materia arbitrable, en tanto requieren de la autorización previa de la CGR.

En efecto, el sustento de la CGR para que las controversias derivadas de la aprobación o ejecución de un adicional que supere el 10% del valor de la obra, no sean arbitrables, parecería estar en el ejercicio de facultades de ius imperium del Estado, y en el hecho de que los recursos con los que el presupuesto adicional (correspondiente a la obra adicional) tendría que ser pagado, no solo no se encontraban previstos

²³ Texto del rubro VII, incorporado por Resolución de Contraloría No. 92-2003-CG, publicada el 27.03.2003.

²⁴ Ley 28128 (Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2004) publicada el 19.12.03.

²⁵ Ley 28611 (Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto) publicada el 08.12.2004. Por otro lado, cabe mencionar que, en otros países, los porcentajes asignados para este propósito son diferentes a los dispuestos en nuestra norma presupuestal. Así tenemos los siguientes ejemplos: (i) En Brasil se ha fijado un 25% del valor inicial actualizado, para los adicionales que sean necesarios en los contratos de obras, servicios o compras, y un 50% para el caso particular de reforma de edificios o equipos (Ley 8.666/93, Sección III De la Modificación de los Contratos); (ii) En Bolivia solo se permiten modificaciones al presupuesto original, hasta en un 10%, a través de órdenes de cambio, y un 15% adicional, a través de contratos modificatorios (Artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado); y (iii) En Argentina se ha fijado la facultad de aumentar o disminuir el monto total de contratos hasta un 20% (Artículo 12 del Régimen de Contrataciones).

²⁶ La Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2007, Ley 28927, no ha regido hasta el momento, por lo que el 10% previsto en la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, continúa vigente.

sino que constituyen fondos públicos, por lo que nos encontraríamos frente a una materia indisponible, que según lo previsto en el artículo 1 inciso 4 de la LGA, no podría ser arbitrable.²⁷

Así lo ha contemplado el artículo 23 de la Ley 27785 (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República), en los siguientes términos:

"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".

La CGR sustenta lo dispuesto en la referida norma, señalando:

"(...) las decisiones que emita la Contraloría General sobre los presupuestos adicionales de obra, no pueden ser materia de arbitraje, mecanismo que se pretende utilizar para sustentar el tema del pronunciamiento institucional o variar los montos autorizados por el Organismo Superior de Control, que luego de una evaluación técnica y presupuestal, determine los trabajos necesarios de efectuar, y la razonabilidad de sus costos. Ello en atención a que los recursos invertidos en las obras públicas no son de libre disposición de las partes contratantes, cuando por la ley se dispone de la intervención de la Contraloría para verificar su ejecución y pago".²⁸

4. Al respecto, consideramos que no tiene ningún sentido afirmar que si las obras adicionales exceden una valla porcentual del valor contratado, se debe tener en cuenta que los fondos involucrados, son públicos, y en consecuencia, indisponibles. En efecto, si asumimos que los fondos que solventan las obras públicas, son del Estado, es claro que no solo aquello que excede al 10% del valor de la obra, tendrá la calidad de fondo público, sino que, esto ocurre desde el primer centavo comprometido con la obra, sin que por ello podamos afirmar que estemos frente a un bien indisponible.

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

En efecto, queda claro que si bien todos los fondos comprometidos en los contratos de obra que celebra el Estado son públicos, ello no quiere decir que su disposición implica el ejercicio del *ius imperium*, sino que se trata del ejercicio del *ius gestionis*, por el cual el propio Estado decidió colocarse en igualdad de condiciones que un particular, y realizar en el mercado transacciones económicas, renunciando de toda inmunidad²⁹ que autorice un tratamiento

²⁷ "Artículo 1.- Disposición general.- Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas e indeterminadas sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de éstas el proceso judicial existente a instancia de que padece intransigencia; excepto:

1.-)

4. los directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del estado, o de personas o entidades de derecho público".

²⁸ www.contraloria.gob.pe.

²⁹ CANTUARIAS, refiriéndose específicamente al tema de que los recursos invertidos en obras públicas no son de libre disposición, señala: "Además, es ridículo sostener el segundo argumento referido a que como la CGR interviene los recursos invertidos en las obras públicas no son de libre disposición, y que su participación en cada contrato la naturaleza del contrato que regie siendo un simple y común contrato de obra". CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, Op. Cit., p. 286.

Comentando estos conceptos, Barria García afirma que los Estados solo podrían reivindicar la inmunidad respecto de actos en que han actuado como poder público (*ius imperii*), en tanto que si, se asimilaban a los particulares, respecto de operaciones patrimoniales (*ius gestionis*), no gozaban de ella. BARRIA GARCÍA, Juan Anibal, Comentarios sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados y sus flotas. En: Themis. Revista de Derecho, No. 26, Lima, p. 53.

diferenciado frente a los demás agentes económicos. Por lo indicado, la mayor o menor cantidad de recursos asignados, no cambia la naturaleza³⁰ ni el carácter disponible de la controversia.³¹

Si el propósito fue permitir que el Estado contrate con particulares en igualdad de condiciones, y en función de ello, se determinó la pertinencia de recurrir a un mecanismo alternativo de solución de controversias, nada obsta a que los adicionales que superen el 10%, también puedan ser materia arbitrable, sin perjuicio de que para estos casos pueda disponerse que la CGR intervenga en los procesos arbitrales, cuando estos adicionales estén en discusión.

IV. ¿QUÉ OCURRE, CON LA OBRA, CUANDO LOS ADICIONALES SUPERAN EL 10% DEL VALOR ORIGINALMENTE PREVISTO, Y SE REQUIERE LA INTERVENCIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA?

1. A efectos de analizar las consecuencias de haber determinado que los adicionales de obra que superen el 10%, no son arbitrables, en tanto requieren de una aprobación previa de la CGR, veamos cuáles son las modalidades de su intervención a fin de apreciar en cada una de ellas, las repercusiones que presentan en una obra.

2. Aprobación previa de la CGR para el pago: Este sistema operó mientras estuvo vigente el Decreto Supremo No. 034-80-VC, Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (en adelante, RULCOP), que estableció en su artículo 5.9.2³² que para el caso específico de presupuestos adicionales que superen el 10%, sería necesario: (i) para su ejecución: la autorización y aprobación de la Entidad; y (ii) para su pago: además de la autorización de la Entidad, la autorización de la CGR.

Este tratamiento a los adicionales que superaban el 10% del valor de la obra, se tiene en el artículo 42 de la LCAE –tanto en el TUO aprobado por Decreto Supremo No. 012-2001-PCM, como por el TUO aprobado por el Decreto Supremo No. 083-2004-PCM.³³

³⁰ Refiriéndose a este punto, Cantuarias, señala: "Además, es realmente inasistible el segundo argumento referido a que como la CGR interviene los recursos invertidos en las obras públicas no son de libre disposición, ya que su participación en nada cambia la naturaleza del contrato, que sigue siendo un simple y común contrato de obra". CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Op. Cit., p. 286.

³¹ En esta línea, KUNDMULLER, refiriéndose a la consagración del arbitraje como mecanismo de solución de controversias vinculadas a contratación de obras públicas señala: "Dicha base legal se integra con el principio universal de igualdad que debe prevalecer entre las partes, en lo que el arbitraje como medio de solución de conflictos se refiere. Además está claro que este derecho pertenece al derecho arbitral, de donde dicha igualdad arbitral deriva en una de las principales garantías axiológicas y jurídicas, para que las decisiones que se encuentren en pleno armonía con el sistema jurídico, con el interés económico subyacente al contrato respectivo, con su respectiva finalidad dentro del Derecho Público y con la finalidad de resolver la controversia dentro del Derecho Arbitral". KUNDMULLER CAMINITI, Franz, Op.Cit., pp. 227 y 228.

³² Artículo 5.9.2.

Las obras complementarias cuyos montos excedan de diez por ciento (10%) del monto total del Contrato Principal registrado, requerirán para la ejecución de la aprobación y autorización previa de la máxima autoridad de la Entidad Contratante y, para su pago, la de la Contraloría General de la República". (El resultado es nuestro).

³³ Artículo 42 de la Ley 26850, según Decreto Supremo No. 012-2001-PCM y Decreto Supremo No. 083-2004-PCM; Artículo 42 - Adicionales y Ampliaciones.

La Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el quince por ciento de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir obras o servicios hasta por el mismo porcentaje.

En el supuesto de que resultare indispensable la realización de obras adicionales por errores en el expediente técnico o situaciones imprevistas, posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el párrafo precedente, la Entidad, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista podrá decidir autorizaciones. Para ello, se requiere contar con la autorización del titular del pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, debiendo para el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios; debiendo hacerse de conocimiento, bajo responsabilidad de la máxima autoridad de la Entidad, de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General del Congreso de la República y el Ministerio de Economía y Finanzas. [...] (El resultado es nuestro).

Coherentemente con dicha disposición de la LCAE, el artículo 116 del Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 03B-9B-PCM³⁴, establecía la autorización de la CGR como requisito para el pago de este adicional.

3. Aprobación previa de CRG, tanto para la ejecución, como para el pago: Esta modalidad, entró en vigencia con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (Ley 27785)³⁵, y con el Reglamento de la LCAE, aprobado por Decreto Supremo No. 013-2001-PCM, que en el artículo 160³⁶, establecía que la autorización de la CGR debía ser previa, no solo para el pago, sino además para la ejecución misma de la obra adicional.

Asimismo, el Reglamento vigente de la LCAE, aprobado por Decreto Supremo No. 084-2004-PCM, contiene en su artículo 266³⁷, un tratamiento similar; sin embargo, contempla un supuesto no previsto anteriormente, referido a situaciones de emergencia, en las que el contratista podrá ejecutar la obra adicional, con la sola autorización de la Entidad; sin embargo, para efectos del pago, requerirá la autorización de la CGR, es decir, en este caso específico, se aplica el mismo tratamiento que contemplaba la legislación anterior de manera general.

4. Atendiendo al impacto que tienen en la obra, los mecanismos de intervención de la CGR, veamos cuál sería –en nuestra opinión– el más eficiente.

Consideramos que, la eficiencia del mecanismo de control, no puede medirse en términos abstractos, pues en definitiva, lo que resulta más adecuado para la ejecución de una obra, y con ello para la Entidad (el Estado), puede resultar siendo perjudicial para el contratista.

5. Así, en lo que respecta a la aprobación previa de la CGR, tanto para la ejecución como para el pago, podemos afirmar que es un mecanismo beneficioso y seguro para el contratista, aún cuando claramente perjudicial para la obra, como lo pasamos a demostrar.

Si la obra se encuentra en ruta crítica, deberá paralizarse hasta que el adicional sea aprobado, pues desde la perspectiva del contratista, esta es la única manera de asegurarse que no sufrirá un

³⁴ "Artículo 116.- Los abros adicionales que superen el quince por ciento del contrato original, luego de ser aprobados por la Entidad, requieren para su pago de la autorización expresa de la Contraloría General de la República. (...) (El resultado es nuestro)

³⁵ "Artículo 22.- See 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 mejores prestaciones de supervisión en las obras distintas a las adicionales de obra, cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento.

(...) (El resultado es nuestro)

³⁶ "Artículo 160.- Obras adicionales mayores al quince por ciento (15%) del contrato original, luego de ser aprobadas por el titular del pliego (las obras adicionales que superen el quince por ciento (15%) del contrato original, según corresponda, regularán previamente para su ejecución y pago, a la misma autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda, regularán previamente para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República. Para estos efectos, la Contraloría contará con un plazo máximo de quince (15) días, bajo responsabilidad para emitir su pronunciamiento. (...) El referido plazo se computará desde que la Entidad presente la documentación sustentatoria correspondiente. Transcurrido este plazo, sin que medie pronunciamiento de la Contraloría, la Entidad está autorizada para la ejecución de obras adicionales por los montos que hubiere solicitado, sin perjuicio del control posterior. (...) (El resultado es nuestro)

³⁷ "Artículo 266.- Obras adicionales mayores al quince por ciento (15%)
(Las obras adicionales cuyos montos por el total o por partes los presupuestos deducidos vinculados, superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, luego de ser aprobados por el titular o la misma autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda, regularán previamente, para su ejecución y pago la autorización expresa de la Contraloría General de la República, en el caso de adiciones con carácter de emergencia, dicha autorización se emitirá previa al pago. Para estos efectos, la Contraloría contará con un plazo máximo de quince (15) días, bajo responsabilidad para emitir su pronunciamiento. (...) El referido plazo se computará desde que la Entidad presente la documentación sustentatoria correspondiente. Transcurrido este plazo, sin que medie pronunciamiento de la Contraloría, la Entidad está autorizada para la ejecución de obras adicionales por los montos que hubiere solicitado, sin perjuicio del control posterior. (...) (El resultado es nuestro)

perjuicio económico, y será retribuido, no solo por esta ejecución, sino también por los costos en que incurra por la etapa de paralización, en la que la Entidad deberá reconocerle los gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo que esta demanda.

Ahora bien, esta etapa de paralización, tomará objetivamente unos 50 días naturales, tomando en cuenta que la Entidad podrá demorar 30 días calendarios para emitir su opinión (numeral 13 de la Directiva No. 012-2000-CG/OATJ-PRO)³⁸, y si esta es favorable a la aprobación de la obra adicional, la CGR contará con 15 días hábiles, para emitir su autorización previa a la ejecución (artículo 266 del Reglamento vigente).

Todo ello, considerando que el resultado sea favorable a la aprobación de la obra adicional y su presupuesto, porque en caso contrario, se podría dar inicio a una etapa de impugnación administrativa³⁹ que prolongaría esta paralización más que considerablemente.

En efecto, contra la resolución que deniega la aprobación de un adicional, se podrá interponer recurso de reconsideración y/o de apelación ante este organismo de control. En este escenario, el plazo se podría ampliar en 15 y hasta en 30 días, de utilizarse ambos medios impugnatorios, considerando que 15 días es el lapso previsto para la aplicación del silencio administrativo positivo para la resolución de cada uno de los recursos antes mencionados.⁴⁰

La paralización de la obra por un periodo de 50 o de 90 días naturales –de interponerse los recursos destinados a cuestionar administrativamente la decisión de la CGR– podría ocasionar la inejecutabilidad de la obra. Así por ejemplo, si esta fuese la construcción de una presa de tierra, la espera de un pronunciamiento, por parte de la CGR, podría determinar el inicio del periodo de lluvias, lo que dificultaría o impediría su ejecución, prevista para ser verificada en periodo de sequía.

Adicionalmente, si el presupuesto adicional no es aprobado, podría ocurrir: (i) que la Entidad, opte por dar por resuelto el contrato de obra, pagando al contratista lo efectivamente ejecutado⁴¹ o, en su defecto; (ii) que la Entidad tenga interés en continuar con la ejecución de la obra pública, por lo que cabría la posibilidad de impugnar la decisión de la CGR, en la vía judicial, a través de un

³⁸ "13. Plazo de la Entidad para solicitar autorización previa a la ejecución y pago.

El plazo para solicitar la autorización y pago a la Contraloría General es de treinta (30) días naturales computados a partir de la fecha de la Supervisión de obra emitida el informe favorable en torno al presupuesto adicional, el mismo que será alcanzado a la entidad en un plazo razonable, una vez producido el hecho que originó el citado presupuesto adicional."

³⁹ El numeral 25 de la Directiva No. 012-2000-CG/OATJ-PRO "Autorización Previa al Pago de Presupuestos Adicionales de Obra Pública", aprobado por Resolución de Contraloría No. 260-2000-CG, dispone:

"2.3. Medios impugnatorios

Podrá reclamarse de la resolución de autorización previa de presupuesto adicional de obra otorgada por la Contraloría General de la República, única y exclusivamente a través de la interposición del recurso de reconsideración y de apelación, agotándose con este último la instancia administrativa, siendo de aplicación las disposiciones contenidas en los artículos 98 y 99 y demás pertinentes de la Ley de Normas Generales de Procedimiento Administrativo, aprobadas por Decreto Supremo No 02-04-JUS".

⁴⁰ Así, refiriéndose al tema específico, de los costos que implican para el Estado la autorización previa para la ejecución de un adicional, DONAYRE, señala lo siguiente:

"2.9. ¿Se habrá hecho un análisis detallado de costos antes de aprobarse paralizaciones sin término, sólo por ese concepto de la autorización previa? en gran perjuicio para el Estado peruano, y a fin de cuentas para los usuarios que ven que su obra se se culmina, teniendo presente que una obra sobrecosto cuando es vital y no se cancela, está condenada al completo fracaso y a su rápida detención. Luego, volviendo a la cuestión inicial: la autorización previa a la ejecución del adicional tiene un costo?

2.10. Hagamos un pequeño ejemplo. Usualmente los gastos generales de una obra están alrededor del 25% de sus costos directos. Si tendríamos una obra cuyo plazo sea de 90 días y esperáramos las aprobaciones previas para su ejecución de un presupuesto adicional a series adicionales que superen el 10% (y se activan los recursos de reconsideración y apelación ante la CGR), sólo se podría ejecutar el 10% Adicional (es) en 06 meses. Pues bien, los gastos generales serían 25% CD/90*/60 días = 50% del Costo Directo de una obra: ello sin contar los gastos de supervisión (10%) y las operativas de la Entidad (5%), con lo cual la obra –sólo en gastos generales y otros costos colando– en este ejemplo–, un 65% más. Por ello que importante es evaluar la norma en este aspecto". (El resultado es nuestro).

DONAYRE ORDINOLA, Jorge Luis, Administrador, Gerente y Arbitraje de Contratos en Obras Púlicas: Riesgos y Beneficios de la Legislación Actual de Contratación Pública". En: www.gonima.com/arymel/josdonayre.

⁴¹ Artículo 42 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

proceso contencioso administrativo, en el que la Entidad tendría que demandar a la CGR, y el Contratista podría intervenir como tercero coadyuvante de la Entidad. En este supuesto, la obra se encarecería a tal punto, que lo más probable es que carezca de todo sentido económico y práctico, formular tal impugnación. En conclusión, la obra estaría condenada a no ser ejecutada, con el costo inútil de todo aquello que se haya invertido por este concepto.

6. Por otro lado, si analizamos la segunda modalidad de intervención de la CGR, esto es, intervención previa para el pago, pero no para la ejecución de la obra adicional, estamos en un escenario claramente beneficioso para la Obra (y en consecuencia, para el Estado), pero también abiertamente perjudicial para el contratista, quien al ejecutar el adicional, pese a contar con la aprobación de la Entidad, estaría asumiendo el riesgo de que la retribución correspondiente, no le sea abonada, lo que configuraría una situación de abuso y de enriquecimiento del Estado.

En este caso, igual que en el supuesto anteriormente analizado, estará abierta la posibilidad de dar inicio a toda la etapa de impugnación administrativa y judicial, con el inmenso costo de tiempo, esfuerzo y dinero que ello implica, lo que sin duda desalentará la ejecución, al menos de la obra adicional, y si esta es indispensable para la obra, determinará que el contratista continúe con la ejecución de la obra en los términos inicialmente previstos, correspondiendo que la Entidad asuma la responsabilidad por una ejecución que perfectamente podría ser técnicamente eficiente y hasta defectuosa.

7. Todo lo mencionado revela, en términos de ejecución de una obra, lo absurdo que puede ser que la ejecución de un presupuesto adicional, superior a un porcentaje del valor inicialmente previsto para la obra, no pueda ser considerado como materia arbitrable, al haberse establecido un control previo de la CGR y una posibilidad posterior de impugnar esta decisión, tanto administrativa como judicialmente; lo que encarece los costos de ejecución de las obras públicas y genera un efecto negativo para incentivar la contratación con el Estado.

8. Esta situación se ve agravada si tenemos en cuenta que la CGR interviene en la ejecución de una obra, no solo para evaluar el uso de los recursos públicos, sino además pretende realizar un control técnico y de gestión del contrato de obra, verificando además la necesidad y razonabilidad de la obra adicional y su presupuesto.⁴²

Como resulta evidente, la intervención eficiente de la CGR, de manera previa, en la gestión técnica de un contrato de obra pública, implicaría contar con un "mega" organismo estatal, con múltiples áreas especializadas para poder supervisar técnicamente a todas las Entidades contratantes —que a su vez deben contar con su propio supervisor para cada obra a ejecutar— lo que en nuestra opinión originaría un importante sobre costo, para la ejecución de cualquier obra pública.⁴³

⁴² Así, en la Directiva No. 012-2008-CG/DAT-PRO, antes referida, se señala:

"8. Auditoría a cargo del Sistema Nacional de Control

8.1. En la ejecución de obras en las que se generen presupuestos adicionales, la auditoría se orienta a evaluar la gestión, captación y uso de los recursos públicos, no sólo en los aspectos administrativos, sino en función de los metas y programas trazados. Tal evaluación abarcará la verificación del cumplimiento del expediente técnico, y la razonabilidad y necesidad de los presupuestos adicionales y deductivos vinculados al proyecto".

⁴³ Por lo indicado, compartimos la posición de ORTEGA PIANA, cuando señala: "(...) supeditar el pago de determinado adicional a un pronunciamiento de la CGR puede ser un interesante medio de control previo. Sin embargo, la autorización previa de la ejecución podría generar desventajas como que ventajosa para el Estado y es que para ello, debemos definir qué es lo que esperamos funcionalmente de la CGR, si se trata de una institución de control, entonces no debería ingerir a temas propios de la gestión, porque ella es una responsabilidad de la entidad contratante, la que debe contar con el personal técnico calificado que le permita adoptar oportunamente las decisiones más convenientes, siendo en todo caso un tema de responsabilidad que corresponde a dicha entidad contratante. (...) De otro lado, también es pertinente destacar que al asunto de la autorización en la ejecución de los adicionales demandaría a la CGR contar con un gran plantel de personal altamente especializado en todas las materias en las que el Estado contrata, no sólo en obras, lo cual significaría cargar a la CGR en una especie de superorganismo público que sería sinónimo, en las áreas de eficiencia (...)" ORTEGA PIANA, Marco Antonio. Algunos reflexiones sobre la competencia de la Contraloría General de la República respecto de los Presupuestos Adicionales de Obra Pública. En: Revista ADVOCATUS No. 7, 2002-2, p. 440.

9. Estimamos que solo se justificaría una intervención previa para la ejecución y pago, a efectos del control en la asignación de los recursos de la Entidad, mas no para verificar la razonabilidad técnica de la obra adicional, pues para eso la Entidad cuenta en la obra a un Supervisor que lo representa, y que deberá emitir opinión respecto de la necesidad de la obra adicional. Por lo que la responsabilidad sobre el control técnico, debe recaer sobre la Entidad, el Supervisor y el Proyectista.

V. LAS OBRAS ADICIONALES EJECUTADAS SIN APROBACIÓN PREVIA Y EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

1. Veamos qué ocurriría si el contratista ejecutó un presupuesto adicional, contando con la aprobación de la Entidad, pero sin la autorización previa de la CGR.

En este supuesto, la posición de la CGR ha sido manifestada en la siguiente Resolución Vice Contralora No. 002-2005-CG del 11 de enero de 2005, que a propósito de una solicitud de aprobación de un presupuesto adicional de un contrato de supervisión, ha dispuesto lo siguiente:

"(...) en el caso que los mayores prestaciones de supervisión superen el 15% del originalmente pactado, se requiere aprobación previa de la Contraloría General de la República, debiendo darse dicha aprobación antes de la realización de las prestaciones, en virtud del control previo que en esta medida le compete; existiendo pronunciamiento expreso de CONSUCODE sobre este aspecto a través del Informe No. 021-2002 (GTN) del 24 de junio del 2002 .

(...) al haber superado el 15% del monto contratado de la supervisión, se requiere contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República (...) la obra se concluyó el 29 octubre del 2004; por lo que, siendo el contrato de supervisión complementario, accesorio y simultáneo al contrato de obra afecta directamente el contrato de supervisión, estableciéndose que (...) los servicios de supervisión ya han sido prestados, no correspondiendo a este ente Rector emitir la autorización de la prestación adicional de los servicios de supervisión No. 3". (El resultado es nuestro)

En síntesis, si el presupuesto adicional ya fue ejecutado, aún cuando haya contado con la aprobación de la Entidad, no podrá ser aprobado por la CGR. Ahora bien ¿Qué significa esta decisión de la Contraloría? ¿Qué como no emitió su autorización previa a la ejecución, no corresponde que se realice el pago? ¿Podría el contratista recurrir a la vía arbitral a solicitar que se disponga el pago?

Veamos qué ha señalado al respecto el CONSUCODE. Así tenemos la Opinión de Gerencia Técnica Normativa No. 64-2002-GTN, según la cual:

"CONSULTA: ¿De qué manera puede regularizarse los adicionales que se hubiesen ejecutado sin Resolución que aprueba los adicionales y qué sucede con las contraprestaciones? //
OPINIÓN: En el caso de prestaciones adicionales éstas no pueden regularizarse ante los organismos competentes si ya fueron ejecutadas, pues la aprobación de su ejecución es necesariamente previa, lo que no significa que la Entidad no deba cancelar lo ejecutado efectivamente de modo adicional, pues se configuraría un enriquecimiento sin causa por parte de ella, a favor del contratista. El pago de las prestaciones adicionales no autorizadas no enerva la responsabilidad administrativa ni civil de los funcionarios".
(El resultado es nuestro)

La posición del CONSUCODE es clara en el sentido que el contratista sí puede exigir a la Entidad el pago de las obras adicionales que ejecutó, más aún, si contó con su aprobación; asimismo, el Consejo ha dado la salida para que este pago pueda ser reclamado, a través de un pedido de "enriquecimiento sin

causa"; sin embargo, deja a salvo la posibilidad de que la Entidad que efectúe el pago al contratista, pueda solicitar a su funcionario la devolución, invocando para ello la existencia de responsabilidad civil o administrativa.⁴³

En nuestra opinión, salvo que se acredite que los funcionarios aprobaron un proyecto o un presupuesto adicional de manera indebida o negligente, no se les podrá imputar responsabilidad, y en consecuencia, exigir la devolución de aquello que se hubiera pagado por este concepto. Evidentemente, cualquier reclamación de la Entidad, al proyectista, o eventualmente a sus funcionarios, deberá realizarse por la vía judicial, en tanto no existe ningún mandato legal que los obligue a difundir esta controversia en la vía arbitral, lo que no obsta a que eventualmente las partes acuerden recurrir a esta vía, celebrando un convenio arbitral, pues se trataría de una materia de libre disposición, y en consecuencia, puede ser pactada como materia arbitrable.

2. En lo que respecta a la vía para reclamar el pago de lo ejecutado, sin que haya seguido la formalidad prevista para su aprobación como obra adicional –sea por la Entidad, si no supera el 10%, o por la CGR, en caso contrario– sería el enriquecimiento sin causa.

En efecto, en nuestra opinión, se encuentra fuera de discusión, que si no se remunera al contratista por una prestación efectivamente ejecutada a favor de la Entidad, el Estado se estaría enriqueciendo indebidamente, en la medida que no existe ninguna causa que justifique tal situación.⁴⁴ El punto es si una controversia al respecto, se encuentra inmersa en el convenio arbitral pactado entre ambas partes.

En principio, podemos afirmar que, la respuesta dependerá del tenor del convenio arbitral, sin embargo, hagamos el ejercicio sobre la base de aquel que por mandato legal se encontraría incorporado en los contratos de obra, a falta de pacto de una estipulación distinta:

Si el contrato se celebró mientras estuvo vigente el Decreto Supremo No. 013-2001-PCM, se entendía incorporado a todos los contratos de obras públicas, el siguiente convenio:

"Artículo 187.- Cláusula arbitral

(...)

Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato, será resuelta mediante arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento. (...)" (El resaltado es nuestro).

⁴³ Sobre este punto, el Colegio de Ingenieros del Perú, ha emitido el pronunciamiento publicado en el Diario "El Comercio" el 15 de agosto de 2006, en el siguiente artículo:

"EL CIP PRECISA LA CORRECTA APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE ADICIONALES DE OBRA

El CIP es la entidad de institución autónoma con personería de derecho público interno, representativa por Ley de la ingeniería en el Perú, y en cumplimiento de su obligación de promover, normar y controlar el desarrollo de la ingeniería peruana y el ejercicio de la profesión, emite lo siguiente:

(...)

a) Los presupuestos adicionales en modo alguno pueden significar falta para aquellos profesionales que hayan formulado y/o aprobado el expediente técnico, salvo que se acredite que han actuado negligentemente y generado un perjuicio económico.

b) La Contraloría General de la República y las oficinas de auditoría interna de diversas entidades, en equivocada interpretación de la Directiva No. 012-2000-CG/OATJ-IND, atribuyen responsabilidades y precipitan acciones judiciales con el propósito de resarcirse de supuestos perjuicios económicos producidos como consecuencia de la aprobación de estos insusceptibles presupuestos adicionales. Esta equivocada interpretación debe corregirse de inmediato. (...)"

⁴⁴ Ad. DIEZ RICAZO, Luis, señala que: "Pero que la acción exista debe pues faltar una causa justa de la atribución patrimonial. Por cuanto de la atribución patrimonial debe entenderse aquella situación jurídica que distinga de conformidad con el ordenamiento jurídico al beneficiario de la atribución, para recibir ésta y conservarla, la cual puede ocurrir porque existe un negocio jurídico válido y eficaz entre ellos o porque existe una expresa disposición legal que atribuya aquella consecuencia." Ad. DIEZ RICAZO, Luis, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Volumen I, Introducción Teoría del Contrato, 5ta. Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 100.

Mientras que si el contrato se celebró con el Reglamento vigente (Decreto Supremo No. 084-2004-PCM), se entiende incorporado el siguiente texto:

"Artículo 274.- Convenio Arbitral

(...)

Todos los conflictos que se deriven de la ejecución, interpretación, del presente contrato, incluidas las que se refieren a su nulidad e invalidez, serán resueltas de manera definitiva e inapelable, mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado". (El subrayado es nuestro)

Al respecto, existen posiciones divididas respecto de si esta pretensión debe ser materia de conocimiento en la vía arbitral o en la vía judicial.

Así, la CGR⁴⁶, un sector de la doctrina⁴⁷, e incluso un sector de jueces y de árbitros, consideran que una pretensión de esta naturaleza no es materia arbitrable, esencialmente porque el enriquecimiento sin causa implica que una de las partes se enriquece a costa de otra, sin que medie para ello un contrato o mandato legal que las vincule; así, si asumimos que el convenio arbitral se ha estipulado para resolver las controversias que derivan de un contrato específico, en este caso, de un contrato de obra pública, se llegaría a la conclusión de que el convenio arbitral no puede alcanzar a esta pretensión que no deriva directamente del contrato, por lo que su reclamo deberá hacerse valer ante el Poder Judicial.

Uno de los pronunciamientos jurisdiccionales, en ese sentido, es el emitido por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de Lima, Expediente No. 795-2005 (Anulación de Laudo Arbitral), que ha resuelto en los siguientes términos:

"7.3. Por consiguiente, siendo el enriquecimiento sin causa una fuente de obligaciones distinta al contrato que unió a las partes, no se encontraba inmersa dentro del convenio arbitral celebrado.

(...)

La pretensión de enriquecimiento ilícito es por definición extraña a la relación contractual que puede existir entre las partes, por tal motivo, los convenios que puedan afectar a ésta no resultan aplicables a ella."

Por otro lado, otro sector considera, no solo que el enriquecimiento sin causa es, en sí mismo, una materia arbitrable –lo que no está siquiera en discusión–, sino que para ello bastaría el texto del convenio arbitral que se entiende incorporado por mandato del Reglamento de la LCAE.

⁴⁶ La Contraloría General de la República, mediante Oficio No. 246-2005-CG/VC de fecha 18 de julio de 2005, ha señalado lo siguiente:

"[...] Ante una situación de supuesto respecto a prestaciones ya ejecutadas sobre las cuales la Contraloría no autoriza el pago, correspondiendo al contratista que requiera su reconocimiento, recurrir a la vía judicial para determinar lo procedente o no de dichos trabajos y la responsabilidad de su pago, debiéndose practicar que, pese a contar la autorización de la Entidad para ejecutar la mayor prestación, el contratista no considerara suficiente, pues requiere autorización previa de la Contraloría General."

⁴⁷ Esta posición es sostenida, por ejemplo, por LATORRE quien afirma:

"Arbitraje en contratos de obras públicas está previsto para controversias contractuales, nada por lo que controversias contractuales deban resolverse ante el PJ."

- Enriquecimiento sin causa es una fuente de obligaciones distinta al contrato.

- Además, no se cumple subsidiariedad de la acción de enriquecimiento sin causa.

- Tribunales Arbitrales deberán declararse incompetentes, de acuerdo con el principio del kompetenz kompetenz."

LATORRE, Denis, Resolución Alternativa de Disputas, Módulo I, Marco General del Arbitraje, Power Point Diplomado de Especialización en Arbitraje en la Contratación Pública.

Para ello, es parte de la premisa de que no es exacto afirmar la imposibilidad de que se presente un supuesto de enriquecimiento sin causa, cuando existe un contrato entre las partes, pues teniendo en cuenta que esta institución se funda en un principio de equidad aplicable al derecho en general, puede generarse, tanto dentro como fuera de una relación contractual. En esa línea, es perfectamente posible distinguir si el enriquecimiento procede de un acto jurídico debido al acuerdo de voluntades de las partes, o a un acto o hecho en el que la voluntad del empobrecido no haya podido intervenir.⁴²

En efecto, nada obsta que como consecuencia de la ejecución de un contrato, una de las partes se pueda enriquecer indebidamente, por ejemplo, al beneficiarse con prestaciones ejecutadas y respecto de las cuales no existió acuerdo sobre el precio. Lo mismo podría ocurrir en los casos que los contratos sean declarados nulos, pese a lo cual existen prestaciones que fueron ejecutadas y que deben ser pagadas o resarcidas.

En nuestra opinión, esto, perfectamente puede ocurrir en los casos de los contratos de obra, en la medida que se acredite que la Entidad se está viendo beneficiada con la ejecución de una obra adicional, no prevista inicialmente en el contrato (específicamente en el expediente técnico), pese a lo cual debe ser realizada por ser imprescindible para la obra, pero que se ejecutó sin que previamente se haya seguido el procedimiento previsto para su aprobación.⁴³

Ahora bien, del texto de los convenios arbitrales incorporados por mandato legal, se puede advertir claramente, que lo que se somete a decisión de un Tribunal Arbitral es: (i) En el caso del Decreto Supremo No. 013-01-PCM –a la fecha derogado, pero que continúa aplicándose a los contratos celebrados bajo su vigencia- “cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato”; y (ii) según el Decreto Supremo No. 084-04-PCM “Todos los conflictos que se deriven de la ejecución, interpretación, del presente contrato”; con lo cual, en uno y otro caso, queda claro que el enriquecimiento sin causa se produce con posterioridad a la celebración del contrato y como consecuencia de su ejecución, por lo que consideramos que la conclusión necesaria sería que, si estaría inmerso dentro del convenio arbitral.

Afortunadamente, a propósito de un recurso de anulación de laudo materia de conocimiento por el Poder Judicial, la Corte Suprema de Justicia de la República⁴⁴, en un reciente pronunciamiento sobre el tema, ha decidido que el enriquecimiento sin causa, sí puede entenderse comprendido en el convenio arbitral incorporado en los contratos de obra pública por mandato legal. Para ello ha sostenido lo siguiente:

“Octavo.- (...), el artículo 53 de la Ley 26850 establece que las controversias derivadas de la ejecución y la interpretación del contrato se regulan mediante conciliación o arbitraje y estando a que en la cláusula catorce punto uno del Contrato de Obra se prevé que cualquier controversia surgida entre las partes, se solucionaría mediante arbitraje, no se advierte que se haya incurrido en la causal de nulidad contenida en el inciso 7 del artículo 73 y el inciso 4 del artículo 1 de la Ley 26572; que (...) fluye del laudo arbitral el

⁴² DE LA CÁMARA, Manuel y DIEZ RICAZO, Luis. Dos Estudios sobre Enriquecimiento sin Causa como Fuente de Obligaciones. Editorial Civitas. Madrid, 1988, p. 65.

⁴³ CAMPOS MEDINA, volviendo precisamente al tema del enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos señala: “[...] Es indudable que si no se renunciará el conocimiento, la administración se enriquecerá indebidamente. También queda claro que en todos esos casos el enriquecimiento sin causa tiene ‘origen’ en el contrato administrativo y que cubren las materias que previamente se discuten para establecer el fundamento del contrato son de naturaleza contractual. Por lo mismo, según ‘origen’ contractual a estos controversios es intentar tapar el sol con un dedo”.

⁴⁴ CAMPOS MEDINA, Alejandro. La Arbitrabilidad del Enriquecimiento sin causa. A propósito de los Contratos Administrativos. En: Revista Peruana de Arbitraje. No. 3, Editorial Grifone, Lima, 2006, p. 217.

⁴⁵ Sentencia, de fecha 15 de diciembre de 2006, emitida en casación por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación No. 825-2006- Lima.

pronunciamiento de que la pretensión del pago de trabajos en la vía de enriquecimiento indebido sin causa es arbitrable(...)"

Si bien de la lectura del texto completo de la ejecutoria suprema se advierte que su fundamentación se sustenta básicamente en aspectos procesales vinculados a que el enriquecimiento sin causa fue planteado como punto controvertido en el proceso arbitral, sin que haya mediado oposición alguna por la parte demanda, lo cierto es que –aún cuando de manera poco clara– ya existe un criterio judicial directriz, en el sentido que el convenio arbitral incorporado por mandato de la LCAE, sí permite recurrir al arbitraje para resolver una pretensión de esta naturaleza.

En esta lógica podemos llegar a la conclusión de que las consecuencias de la ejecutoria suprema, pueden ser considerablemente mayores a las previstas. Nos explicamos.

Si admitimos que las pretensiones de enriquecimiento sin causa, se encuentran comprendidas en el convenio arbitral previsto por el artículo 53 de la LCAE, eso nos lleva necesariamente a la conclusión de que el sometimiento de dicha materia a un arbitraje, es además excluyente al uso de la vía judicial, toda vez que el sometimiento al arbitraje constituya un mandato imperativo, contenido en una ley que además prevalece sobre aquellas disposiciones de derecho común que pudieran ser aplicables.³¹

Esto quiere decir, en términos simples, que el Poder Judicial carecería de competencia, con lo cual, no podría conocer –o seguir conociendo– válidamente de aquellos procesos en los que se han propuesto este tipo de pretensiones, lo que originaría la nulidad de lo actuado, con el considerable costo que esto significa en materia de tiempo, esfuerzo y dinero, tanto de los litigantes como del propio Órgano Jurisdiccional.

Lo indicado, tiene consecuencias prácticas bastante graves, pues aún en el supuesto de que ninguna de las partes haya cuestionado la competencia del Poder Judicial para conocer de una pretensión de enriquecimiento sin causa, corresponde que el Poder Judicial declare, aún de oficio, su propia incompetencia, y no emita un pronunciamento sobre el fondo, pues este no sería válido.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

1. Para crear la confianza necesaria que fomente el establecimiento de relaciones con el Estado, no basta con haber previsto al arbitraje como mecanismo de solución de controversias vinculadas a la ejecución de los contratos que celebre. El Estado debe admitir que, ningún mecanismo privado de solución de conflictos, puede funcionar autónomamente ni aislado, por lo que es imprescindible no postergar más una Reforma seria y comprometida con el Poder Judicial, de modo que se garantice la eficacia del sistema de solución de controversias.

2. En nuestra opinión, el mandato de la LCAE y su Reglamento, en el sentido que se debe entender incorporado a todo contrato de obra pública, el convenio arbitral previsto en este último cuerpo legal, si implica la afectación a la voluntariedad esencial en el arbitraje, en la medida que limita y prohíbe todo pacto en sentido contrario.

3. De acuerdo a la legislación vigente, no existe la posibilidad de que el Órgano Jurisdiccional conozca válidamente de una controversia vinculada a un contrato de obra pública, no siendo permisible ni siquiera un pacto de sometimiento expreso al Poder Judicial.

³¹ En efecto, el Artículo 4 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, dispone lo siguiente:
"Artículo 4.- Especialidad de la Norma y Delegación:-

4.1. Especialidad de la Norma: La presente Ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que le sean aplicables.
4.2. 4.- f".

4. En materia de obras adicionales, carece de sustento técnico haber determinado un porcentaje uniforme aplicable a todas las obras, para efectos de requerir la aprobación previa de la CGR. En nuestra opinión, esta valla porcentual debería establecerse en función de cada obra específica, de modo que mientras mayor sea la posibilidad de predeterminar todas las variables que afectarán su ejecución desde el Proyecto, menor deberá ser el porcentaje a aplicar, y viceversa.

5. Si el propósito fue permitir que el Estado contrate con particulares en igualdad de condiciones, y en función de ello, se determinó la pertinencia de recurrir a un mecanismo alternativo de solución de controversias, nada obsta a que los adicionales que superen el 10%, también puedan ser materia arbitrable, sin perjuicio de que para estos casos pueda disponerse que la CGR intervenga en los procesos arbitrales, cuando estos adicionales estén en discusión.

6. Resulta absolutamente ineficiente para la ejecución de una obra pública, que un adicional superior a un porcentaje del valor total inicialmente previsto para la obra, no solo requiera para su ejecución y pago de una aprobación previa de la CGR, sino que además esta decisión pueda ser materia de impugnación administrativa, y hasta de cuestionamiento judicial, a través de un proceso contencioso administrativo. Ello encarece los costos y genera un efecto negativo para incentivar la contratación con el Estado.

7. Las controversias que superen una valla porcentual determinada y que requieran la aprobación de la CGR deberían ser materia arbitrable, y en los procesos correspondientes debería intervenir dicho Órgano de Control como tercero coadyuvante o como litisconsorte (parte), en el proceso arbitral.

8. La CGR no debería realizar un control previo ni posterior de los aspectos técnicos de los adicionales de obra. Esto debe ser competencia y responsabilidad de la Entidad contratante, del Supervisor de la Obra, e incluso del proyectista. La intervención de la CGR debería limitarse a un control económico.

9. En los casos de los adicionales ejecutados con la aprobación de la Entidad mas no de la Contraloría —e incluso en aquellos casos de adicionales ejecutados sin autorización previa de la Entidad— se configuraría una pretensión por enriquecimiento sin causa, que sí constituye materia arbitrable.

10. Las controversias sobre enriquecimiento sin causa, se encuentran comprendidas en el convenio arbitral previsto por el artículo 53 de la LCAE, por lo que deben ser decididas —de manera excluyente— en un arbitraje, siendo incompetente el Órgano Jurisdiccional para resolver válidamente al respecto.