

SUPUESTOS DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS¹

Assumptions of unjust enrichment in public contracts

POR: JOSÉ RICARDO MONTERO WONG
Abogado por la Universidad de Piura (Perú)
josemonterowong@hotmail.com

RESUMEN: El estudio tiene como finalidad desarrollar supuestos de aplicación del enriquecimiento sin causa en el régimen de contratación pública. De tal forma, que la acción de enriquecimiento sin causa se configure como un remedio jurídico a favor del privado, para permitirle la restitución de enriquecimientos que se han producido en relación a un contrato público.

PALABRAS CLAVE: Enriquecimiento sin causa, contratos públicos, contratos inválidos, prestaciones adicionales.

ABSTRACT: The purpose of the study is to develop cases of application of unjust enrichment in the public procurement regime. In this way, that the action of unjust enrichment is configured as a legal remedy in favor of the private, to allow the restitution of enrichments that have occurred in relation to a public contract.

KEYWORDS: Unjust enrichment, public contract, invalid contract, additional benefits.

SUMARIO: I.- ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y CONTRATOS PÚBLICOS. II.- ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y CONTRATOS INVÁLIDOS. 1.- CUESTIONES PREVIAS. 2.- DESARROLLO DEL TEMA. III.- ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y INEXISTENCIA DE CONTRATOS. IV.- ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y PRESTACIONES ADICIONALES. 1.- PRESTACIONES ADICIONALES: CONCEPTOS PREVIOS Y REGULACIÓN DENTRO DE NUESTRO ORDENAMIENTO. 2.- LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA COMO REMEDIO A LA EJECUCIÓN DE PRESTACIONES ADICIONALES. V.- BIBLIOGRAFÍA.

I.- ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y CONTRATOS PÚBLICOS

La fuente autónoma de obligaciones del enriquecimiento sin causa se distancia de las obligaciones del contrato público, ya que la naturaleza jurídica de cada una de ellas es

¹ * Recibido para publicación: 22 de enero de 2019.
Enviado para evaluación externa: 25 de enero de 2019.
Recibida evaluación externa positiva: 22 de febrero de 2019.
Aceptado para publicación: 5 de abril de 2019.

distinta. Así, las obligaciones contractuales tienen origen en un *acto administrativo unilateral* -de la Administración pública²- mientras que la obligación restitutoria del enriquecimiento sin causa nace de *hechos jurídicos*³. En la medida que el empobrecido no tenía intención de producir los efectos, no hay acto ni carácter negocial.

No obstante lo anterior, la obligación restitutoria del enriquecimiento sin causa puede producirse entre las partes de un contrato público. En ese sentido, vamos a postular tres supuestos donde se puede dar lo anterior: a) ante contratos inválidos; b) ante contratos inexistentes; c) ante prestaciones adicionales de un contrato.

II.- ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y CONTRATOS INVÁLIDOS

1.- CUESTIONES PREVIAS

El primer supuesto que vamos a postular se aplica en relación a los contratos inválidos. En estos supuestos se produce la obligación de restituir las prestaciones que fueron ejecutadas parcial o totalmente por los administrados, en desconocimiento de la concurrencia de vicios que afectaban al contrato.

Consideramos necesario revisar algunas nociones previas que serán utilizadas en el transcurso de la exposición. Sería contraproducente aplicar la acción de enriquecimiento sin causa a supuestos relacionados a la invalidez del contrato, sin tener luces sobre dicho régimen.

1) Sobre la naturaleza del contrato

La Administración pública al contratar distribuye bienes a los que todos tenemos derecho a optar. Esto es una potestad administrativa, lo que justifica la exigencia de un procedimiento para la formación de su voluntad, que se manifiesta a través de actos administrativos. Por ello, podemos definir el contrato público como la relación contractual que nace de un acto unilateral de la Administración pública.

2) Régimen de invalidez

En general, la *invalidez* es la condición de los actos al no cumplir los requisitos señalados por el ordenamiento jurídico, y que por ello, sus efectos no serán

² Consideramos en este trabajo el contrato como relación contractual nacida de un acto unilateral. En cuestión, sobre esta teoría, *vid.* BACA ONETO, VÍCTOR SEBASTIÁN, *La invalidez de los contratos públicos*, Civitas, Cizur Menor; 2006, pp. 115; BACA ONETO, VÍCTOR SEBASTIÁN, *El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano*, Ius et Veritas, N° 48, Julio, 2014, pp. 276-279. Definen el contrato público como un acto bilateral que emana de la voluntad de las partes. En efecto, sobre esta teoría, *cf.* DROMI, ROBERTO, *op.cit.*, p. 456. ARIÑO ORTIZ, GASPAR, “*El enigma del contrato administrativo*”, *Revista de Administración Pública*, N° 172, Enero-Abril, 2007, p. 86-92.

³ El enriquecimiento sin causa se configura por hechos jurídicos a los cuales la ley le atribuye determinados efectos, no hay intención del empobrecido de producirlos, *vid.* REBOLLO PUIG, MANUEL, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A; Madrid; 1995, p. 163.

protegidos⁴. De dicho concepto, se puede inferir una doble consecuencia de la invalidez. Por un lado, una consecuencia inmediata que consiste en la *ilegitimidad originaria* de los efectos del acto. Por otro lado, una consecuencia mediata que consiste en la no producción o la destrucción de los efectos jurídicos.

Esta segunda consecuencia es la *ineficacia* del acto. El acto inválido al ser contrario al ordenamiento jurídico será reprimible, estando sujeto a la sanción de ineficacia. Así, la invalidez se comprende como la calificación de alcance teórico que se deriva de la constatación de un desajuste entre la estructura del acto y de la norma. Mientras que la ineficacia se trata de un dato meramente empírico derivado de la comprobación que el acto no ha producido sus efectos⁵.

Aplicado a los contratos, la invalidez está regulada en la Ley de Contrataciones del Estado - LCE⁶, y de forma supletoria se aplican las normas de la LPAG. La LCE reconoce por un lado la nulidad de los actos dictados desde la convocatoria hasta antes de la celebración del contrato, y por otro lado, la nulidad del contrato ya perfeccionado.

2.- DESARROLLO DEL TEMA

Hemos visto anteriormente que el contrato inválido tiene como consecuencia mediata una sanción de ineficacia. Esta consecuencia consiste en la no producción de sus efectos, o la destrucción de éstos en los casos que el contrato ya fue ejecutado. La ineficacia será distinta en una y otra circunstancia.

En el primer supuesto, podría producirse la obligación para cualquiera de las partes de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. En tales hipótesis se hablaría de una *culpa in contrahendo*⁷.

En el segundo caso, la situación es más compleja en vista a que los efectos ya fueron producidos. Por ello, la declaración de invalidez tendría que aniquilarlos, de tal forma que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la existencia del contrato. En otros términos, como si el contrato nunca hubiese existido. Sin duda alguna el ordenamiento jurídico busca la destrucción retroactiva del contrato.

Es por ello que la acción de nulidad genera la restitución de las prestaciones ejecutadas por las partes. Sin embargo, a pesar que el ordenamiento consagra esta regla general,

⁴ Cfr. BACA ONETO, VÍCTOR SEBASTIÁN, *op.cit.*, pp. 44-45; BACA ONETO, VÍCTOR SEBASTIÁN, “*La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento*”, Revista de Derecho Administrativo - Círculo de Derecho Administrativo, N°07, 2009, pp. 71-72.

⁵ Cfr. SANTAMARIA PASTOR, JUAN ALFONSO, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972, pp. 162-163.

⁶ Referimos a la Ley de Contrataciones del Estado - aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017. No se considera la Ley de Contrataciones del Estado - Ley N° 30225 publicada el 11 de julio del 2014, ya que aún no está vigente por la falta de su reglamento. Al tiempo de redacción de este trabajo, el Ministerio de Economía y Finanzas - MEF, publicó el proyecto del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado - Ley N° 30225.

⁷ Cfr. BACA ONETO, VÍCTOR SEBASTIÁN, *op.cit.*, pp. 370-371; REBOLLO PUIG, MANUEL, *op.cit.*, p. 340.

habitualmente no se acude a ella. Ello porque también sería válido aplicar la acción de enriquecimiento sin causa como remedio jurídico para la restitución de las prestaciones ejecutadas por parte del contratista⁸.

Este segundo camino permite la conservación de las prestaciones ejecutadas por el contratista, exigiéndole a la Administración pública contratante el cumplimiento de su obligación, no ya debido al contrato, sino como un medio para evitar el enriquecimiento sin causa que podría producirse⁹.

No obstante, esta segunda salida no es completamente aceptada por todos los autores. Uno de sus principales críticos es DE SOLAS RAFECAS¹⁰, quien argumenta que la acción de enriquecimiento sin causa al ser subsidiaria no puede ser empleada en estos supuestos donde se tiene una acción específica –*acción de nulidad*. Asimismo, considera que el enriquecimiento sin causa sólo está destinado para relaciones de naturaleza no contractual.

El contratista que ejecuta total o parcialmente las prestaciones de un contrato inválido enriquece injustificadamente a la Administración pública. Por ello, está obligado a la restitución de dichas prestaciones. Pero esta obligación restitutoria no es parte de las obligaciones contractuales, ya que el contrato al ser inválido no produce obligación alguna. En consecuencia, el enriquecimiento sin causa sí puede ser empleado en relación a un contrato¹¹. Negamos con ello la posición que sostiene DE SOLAS RAFECAS de reducir el enriquecimiento sin causa para relaciones de naturaleza no contractual.

Debe quedar muy en claro que la obligación restitutoria que nace a consecuencia del enriquecimiento sin causa no presenta el mismo contenido de las obligaciones propias del contrato. En ese sentido, una cosa es que la Administración se obligue a la restitución de las prestaciones ejecutadas por el contratista, y otra muy distinta, que se obligue a consecuencia de las obligaciones del mismo contrato.

Si bien la acción de nulidad produce la restitución de las prestaciones ejecutadas por el contratista, ello condiciona a la aniquilación de los efectos contractuales conduciendo a consecuencias sumamente injustas - como la producción de enriquecimientos. Es por ello que, la acción de enriquecimiento sin causa permitiría llegar a la solución más cercana a la justicia, de tal forma que se logre una situación similar a la conservación de los efectos del contrato. En ese sentido, REBOLLO PUIG¹² considera que el enriquecimiento sin causa *dulcifica la destrucción retroactiva de los efectos*.

Debe quedar claro que la acción de enriquecimiento sin causa se aplica en los supuestos donde la acción de nulidad no permite una restitución íntegra del perjuicio causado. Ello

⁸ Cfr. REBOLLO PUIG, MANUEL, *op.cit.*, pp. 341-342.

⁹ Cfr. BACA ONETO, VÍCTOR SEBASTIÁN, *op.cit.*, pp. 360-361.

¹⁰ DE SOLAS RAFECAS, JOSÉ MARÍA, *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990, p.278.

¹¹ Sobre la procedencia de la acción de enriquecimientos ante contratos inválidos, *vid.* OPINIONES N° 020-2008 / DOP; N° 050-2008/DOP; 083-2009-DTN; 060-2012/DTN; 051-2012/DTN de la OSCE.

¹² Cfr. REBOLLO PUIG, MANUEL, *op.cit.*, p. 345.

debido a que no comprende una serie de casos donde se podría producir no sólo un perjuicio o daño, sino también un *enriquecimiento*¹³. El *daño emergente* no contiene el concepto de *ahorro de gastos* que sí se presenta en la acción de enriquecimiento sin causa¹⁴.

Asimismo, debido a la complejidad de las prestaciones de ciertos contratos, se producen enriquecimientos que no pueden ser identificados en el mismo instante que se declara su nulidad, ya que no se han llegado a concretizar siendo imposible determinarlos.

Por consiguiente, el carácter de subsidiariedad debe ser comprendido en el sentido de permitir el ejercicio de la acción de enriquecimiento sin causa de forma alternativa - *concurso alternativo*¹⁵ o incluso de modo complementario - *concurso integral*¹⁶ - a la acción de nulidad, en supuestos donde la reparación del perjuicio patrimonial sufrido no haya sido íntegro. Así, la acción de enriquecimiento sin causa al ser subsidiaria no puede ser empleada de modo acumulativo a la acción de nulidad.

Ahora bien, el contratista ejecuta las prestaciones bajo la confianza en que la Administración pública ha suscrito un contrato válido, y que posteriormente, cumplirá sus obligaciones - entre ellas la contraprestación. En este contexto, el principio de buena fe refuerza la aplicación del enriquecimiento sin causa. En el sentido que el contratista que actúa de buena fe hace más patente la injusticia de su empobrecimiento.¹⁷

En sentido contrario, el contratista que tiene conocimiento de la existencia de vicios en el contrato, y a pesar de ello ejecuta las prestaciones, se aprovecha de dicha situación. Por ello, no sería lógico ni justo que se le permita ejercer la acción de enriquecimiento sin causa. El mismo contratista generó su perjuicio, ya que bien pudo evitar ejecutar las prestaciones al conocer que el contrato no era válido.

Al respecto, debería limitarse el derecho del contratista a ser indemnizado¹⁸, o incluso admitiendo una solución más radical, se debería exceptuar o excluir la obligación

¹³ Un ejemplo de ello se da en los contratos de arrendamiento, donde es posible que durante el tiempo de posesión por parte de la Administración pública se dé la necesidad de restituir los frutos que se hayan generado, o el deterioro del bien por su uso. Asimismo, se dan gastos por concepto de conservación o mejoras, realizados por la misma Administración pública. Todos estos conceptos producirían enriquecimientos injustificados en una u otra parte, que no pueden ser restituidos con la acción de nulidad.

¹⁴ Cfr. PEÑA LÓPEZ, FERNANDO y BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL, “*Enriquecimiento injusto y responsabilidad extracontractual*”, Anuario da Facultade de Direito da Universidade da Coruña, Nº 1, Enero-Diciembre, 1997, p. 154.

¹⁵ Es válida la acción de enriquecimiento sin causa de forma alternativa a la acción de nulidad. Esto no sería contrario a la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento sin causa, *vid.* BACA ONETO, Víctor Sebastián, *op.cit.*, p. 364.

¹⁶ Es procedente ejercitar la acción de enriquecimiento sin causa de modo complementario al ejercicio de la acción de nulidad en aquellos casos donde la reparación del perjuicio no haya sido íntegra, *vid.* PAREDES CARRANZA, MILAGROS, “*La inexistencia de contrato y la acción de enriquecimiento sin causa como remedio ante las prestaciones ejecutadas*”, Jus Doctrina & Práctica, Nº07, Agosto, 2008, pp. 486-487.

¹⁷ Cfr. REBOLLO PUIG, MANUEL, *op.cit.*, p. 363.

¹⁸ Cfr. BACA ONETO, VÍCTOR SEBASTIÁN, *op.cit.*, p. 364.

restitutoria¹⁹. Esto último consideramos lo más adecuado, puesto que en estos supuestos se ha atentado contra el principio de buena fe. La acción de enriquecimiento sin causa no debería ser un sustento en el cual ampararse, para permitir conductas contrarias al derecho. De admitirse el ejercicio de la acción de enriquecimiento sin causa en estos casos, no sería un remedio jurídico con el que cuenta el contratista. Sino todo lo contrario, se convertiría la institución jurídica en una salida para las artimañas de los contratistas.

Finalmente, debemos determinar la vía correspondiente para la tutela de la pretensión de enriquecimiento sin causa. En ese sentido, la LCE establece que todas las controversias surgidas durante la ejecución del contrato -desde su suscripción- se resolverán mediante arbitraje, incluidas las de invalidez²⁰. Siendo así, la pretensión restitutoria de enriquecimiento sin causa podría ser materia arbitrable, ya que se produce ante un contrato que ya fue suscrito (sin importar que éste tuviera vicios que condujeron a su invalidez). Asimismo, se trata de materia de libre disposición, siendo permitida por la misma Ley de Arbitraje. Por ello, el contratista podrá someter a arbitraje su pretensión restitutoria de enriquecimiento sin causa.

III.- ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y INEXISTENCIA DE CONTRATOS

El segundo de los supuestos que vamos a formular se aplica en relación a un aparente contrato que nunca llegó a existir. El contexto es el siguiente, se trata de aquellas realidades en las cuales el contrato no necesariamente ha sido celebrado válidamente entre las partes. En otros términos, el contrato aún no ha sido perfeccionado, ya que sólo se cuenta con actuaciones previas. Por ello, se puede identificar estos supuestos como simples *situaciones de hecho* o simples apariencias de la existencia de un contrato.²¹

En estas circunstancias, se produce la obligación de restituir las prestaciones ejecutadas por el administrado²² en favor de la Administración pública, ante la creencia que el contrato ha sido válidamente celebrado. En ese sentido, la acción de enriquecimiento sin causa se produce dentro de la órbita del contrato, ya que las prestaciones se realizaron con la intención de cumplirlo. Por su parte, el Tribunal de Contrataciones del Estado - OSCE²³ también considera válida la aplicación de la acción de enriquecimiento sin causa en estos supuestos, como señalamos a continuación:

¹⁹ Cfr. REBOLLO PUIG, MANUEL, “La invalidez de los contratos administrativos” en CASTILLO BLANCO, FEDERICO, *Estudios sobre la contratación en las Administraciones públicas*, Comares, Granada, 1996, p. 431; LEON FLORES, JORGE ALFREDO, “La inexistencia del Contrato nuevamente sobre el tapete: la evolución de las opiniones del OSCE respecto al reconocimiento de prestaciones derivadas de Contratos Nulos incumpliendo la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento”, *Gestión Pública y Desarrollo*, Noviembre, 2012, p. 16.

²⁰ Según la Ley de Arbitraje -Decreto Legislativo N° 1071- pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley autorice.

²¹ Al hablar de un *contrato inexistente* no estamos haciendo referencia a la *inexistencia del contrato* como una categoría de la invalidez. Sobre la inexistencia como grado de la invalidez, cfr. BACA ONETO, VÍCTOR SEBASTIÁN, *op.cit.*, p.66-73.

²² Nos podemos referir a este sujeto como *aparente contratista*, *empobrecido*, o incluso denominarlo *administrado*. Ello debido a que no existe contrato, y por tal sería erróneo usar la noción de *contratista*.

²³ RESOLUCIÓN N° 176/2004.TC-SU.

(...) Al respecto, queda claro que el consorcio ha entregado mercadería a la Entidad, la que habría sido utilizada por la misma para cubrir sus requerimiento y necesidades, siendo que nos encontramos frente a una situación de hecho, en la que ha habido –aún sin contrato válido- un conjunto de prestaciones de una parte debidamente aceptadas y utilizadas por la otra, hecho que no puede ser soslayado para efectos civiles. En este sentido, cabe señalar que, conforme al artículo 1954° del Código Civil, el ordenamiento jurídico nacional no ampara en modo alguno el enriquecimiento sin causa.

En efecto, no habiéndose suscrito el contrato correspondiente, no ha existido fundamento legal ni causa justa, para dicha atribución patrimonial que sustente el enriquecimiento indebido en el que ha incurrido la Entidad, circunstancia que deberá ser ventilada por las partes en la vía correspondiente (...)

Por lo expuesto, se puede señalar que la acción de enriquecimiento encuentra fundamento en el principio de buena fe y la confianza legítima. Esto porque el administrado realizó las prestaciones influenciado por las actuaciones de la Administración pública. Si bien no había un contrato perfeccionado, el administrado creía su existencia por ciertos indicios que le provocó el comportamiento de la Administración pública. Sin embargo, el contexto está pensado para contratos de menor cuantía, ya que en circunstancias donde se mueve bastante dinero - por ejemplo, una obra de gran envergadura) a pesar de la confianza del contratista hacia la Administración, no se atrevería a ejecutar las prestaciones sin las formalidades previstas.

En consecuencia, al no ser haber existido nunca el contrato, no tendría sentido una pretensión de nulidad, ya que no habría nada que destruir. Por ello, el administrado sólo podría recurrir a la vía judicial -de acuerdo con el artículo 1954° del Código Civil- para que se le restituyan las prestaciones que ejecutó. De este modo la pretensión restitutoria solucionaría los problemas suscitados en los supuestos que hemos expuesto.

IV.- ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y PRESTACIONES ADICIONALES²⁴

1.- PRESTACIONES ADICIONALES: CONCEPTOS PREVIOS Y REGULACIÓN DENTRO DE NUESTRO ORDENAMIENTO

El tercero de los supuestos que vamos a postular se aplica ante las denominadas *prestaciones adicionales*. Dentro de la lógica, también tomamos como punto de referencia la celebración de un contrato público entre la Administración pública y los privados.

En ese sentido, vamos a revisar algunos conceptos previos, antes de entrar al desarrollo de estos supuestos. Por *prestaciones adicionales* se comprende la prerrogativa de la

²⁴ Las prestaciones adicionales también son supuestos de inexistencia, tal como vamos a desarrollar en el presente acápite. Sin embargo, debido a su importancia, lo trataremos como una categoría aparte.

Administración pública contratante²⁵, de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales a las pactadas inicialmente en el contrato, produciendo un incremento del monto contractual²⁶. Deben tratarse de trabajos indispensables para alcanzar la finalidad del contrato²⁷.

Asimismo, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado -aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF- define la prestación adicional como *aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional*. De la misma forma lo hace la Contraloría General de la República, mediante la Directiva N° 02-2010-CG/OEA - aprobada por Resolución de Contraloría N° 196-2010-CG²⁸.

Al respecto, la LCE regula las prestaciones adicionales clasificándolas en relación al tipo de prestaciones en las que se presente: a) prestaciones adicionales en bienes y servicios; b) prestaciones adicionales en obras, o denominadas *adicionales de obra*.

El inciso 1 del artículo 41^{o29} de la LCE reconoce las *prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios*. Estas no deben superar el 25% de su monto, y deben ser imprescindibles para alcanzar la finalidad del contrato. Para su aprobación se requiere que previamente sean sustentadas por el área usuaria de la contratación, una vez realizado lo anterior, la Entidad podrá pagarlas directamente.

El inciso 2³⁰ del mencionado artículo de la LCE regula los *adicionales de obra*, clasificándolos en tres supuestos. En primer lugar, reconoce los *adicionales de obra* que

²⁵ Cfr. LINARES JARA, MARIO, “*Adicionales de Obra Pública. Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin Causa*”, Revista de Derecho Administrativo -Círculo de Derecho Administrativo, N°07, 2009, pp. 181-182.

²⁶ Cfr. CASTILLO FREYRE, MARIO, SABROSO MINAYA, RITA, “*El arbitraje y los adicionales de obra*”, Revista de la Facultad de Derecho-PUCP, N°66, 2011, p. 323.

²⁷ Cfr. LINARES JARA, MARIO, *op.cit.*, p. 182.

²⁸ **Artículo V. inciso 1 a) de la Resolución de Contraloría N° 196-2010-CG.-** a) Prestación adicional de obra.- 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.

²⁹ **Artículo 41° inciso 1 de la Ley de Contrataciones del Estado.-** “*Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje*”.

³⁰ **Artículo 2 inciso 2 de la Ley de Contrataciones del Estado.-** “*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 los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la Entidad. En el supuesto de que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencia 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 pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas. Para ello se requiere contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República*”.

llegan hasta el 15% por ciento del monto total del contrato original. Sus pagos correspondientes requieren de la aprobación del Titular de la Entidad. En segundo lugar, establece los *adicionales de obra* que superan el 15% por ciento del monto total del contrato original, y llegan hasta un monto de 50% por ciento. Estos requieren para su pago y ejecución de la autorización del Titular de la Entidad, y de la Contraloría General de la República. En tercer lugar, regula los *adicionales de obra con carácter de emergencia*.

En estas circunstancias la autorización de la Contraloría General de la República debe emitirse antes del pago.

La mayor parte de ordenamientos jurídicos establecen la competencia de la misma Entidad para la autorización de las *prestaciones adicionales*. Sin duda alguna, nuestro país es uno de los pocos que prevé que la CGR deba dar una autorización previa a la ejecución de un *adicional de obra*. El fundamento de este *control preventivo* de la CGR³¹ se centra en el interés público. Así, se busca la protección del presupuesto general de la república, evitando manejos ilícitos e indebidos de los recursos³².

Consideramos inadecuado -al igual que muchos autores- el reconocimiento de este control preventivo por parte de la CGR. Dejar que esta institución pública se haga cargo de las autorizaciones de las prestaciones adicionales que superan el límite porcentual señalado, ocasionaría mayores gastos para el Estado, como viene ocurriendo actualmente³³. En consecuencia, la obra se suspendería hasta la espera de la autorización de la CGR prolongando el tiempo de espera. Hasta se podría extender más si se deniega la aprobación, ya que el contratista podría ejercer sus recursos administrativos hasta agotarlos y abrir la vía contenciosa administrativa.

y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emite previa al pago. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad”.

³¹ **ARTÍCULO 22 INCISO K) DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL Y DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA - LEY N° 27785.-** “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”.

DIRECTIVA N° 002-2010-CG/OEA.- “Objetivo: 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”.

³² Cfr. LINARES JARA, MARIO, *op.cit*; p. 185; CASTILLO FREYRE, MARIO, *op.cit*, p. 329.

³³ Cfr. ARRARTE ARISNABARRETA, ANA MARÍA, PANIAGUA GUEVARA, CARLOS, “Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto a los adicionales de obra”, Revista Peruana de Arbitraje, N° 4, 2007, pp.142-144.

Asimismo, la Contraloría General de la República - según nuestra Constitución Política³⁴ - es un órgano superior encargado del sistema nacional de control. Por ello, tiene la función de supervisar la legalidad del presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control. Nuestra Constitución no le otorga funciones propias de un organismo especializado en contrataciones públicas. Por ello, está condicionado a contar con personal técnico altamente capacitado y especializado en todas las materias en las que el Estado contrata, convirtiéndose en una especie de mega organismo estatal con múltiples áreas especializadas. Sin duda alguna, lo anterior le demandaría un considerable gasto a nuestro país³⁵.

Consideramos que lo más adecuado sería seguir la política de otros países, en el sentido de reconocer la potestad de autorizar *las prestaciones adicionales* a la misma Entidad con la cual se contrata. Pero si se busca la protección de los recursos del Estado, se podría condicionar que *los adicionales de obra* que superan el límite porcentual, sean autorizados por la misma OSCE. Ello si tomamos en cuenta, que este organismo sí es especializado en materias de contrataciones públicas. Además no se perdería tanto dinero, ya que la OSCE cuenta con personal técnico calificado. Esta posible solución podría ir de la mano con el control posterior de la misma CGR. En la medida que después de la ejecución de las prestaciones adicionales, la CGR se encargue de evaluar la gestión y/o uso de los recursos del Estado³⁶.

2.- LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA COMO REMEDIO A LA EJECUCIÓN DE PRESTACIONES ADICIONALES

Nos queda claro que las prestaciones adicionales deben seguir un procedimiento para su aprobación, el cual ha sido determinado por la LCE y su reglamento. Siendo así, la autorización permite incorporar al contrato a estas prestaciones adicionales. Sin embargo, la Administración también podría pagar las prestaciones adicionales a pesar del incumplimiento de las formalidades. Esto porque la ejecución de las prestaciones por parte del contratista producen un enriquecimiento indebido a favor de la Administración pública. Por ello, nace por mandato de la ley una obligación de restituir, la cual no forma parte del contrato³⁷.

³⁴ **Artículo 82° de la Constitución Política del Perú.-** “La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de derecho público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control”.

³⁵ Cfr. ORTEGA PIANA, MARCO ANTONIO, “Algunas reflexiones sobre la competencia de la Contraloría de la República respecto de los presupuestos adicionales de obra pública”, *Advocatus*, N° 7, Diciembre 2002, p. 440; ARRARTE ARISNABARRETA, ANA MARÍA y PANIAGUA GUEVARA, CARLOS, *op.cit.*, p. 193.

³⁶ **Directiva N° 002-2010-CG/OEA.-** Control posterior a cargo del Sistema Nacional de Control: En la ejecución de obras en las que se generan prestaciones adicionales, el control posterior se orienta a evaluar la gestión, captación y uso de los recursos públicos en los aspectos administrativo, técnico y financiero.

³⁷ Cfr. ABAD WONG, JULIO MARTIN, “Presupuestos adicionales de obra, enriquecimiento sin causa, y cláusula arbitral en los contratos administrativos. A propósito de una discusión entre (algunos) jueces y (algunos) árbitros”, *JUS Jurisprudencia*, N°09, Septiembre, 2008, pp. 95-96.

Sin embargo, nuestra LCE no regula de la misma forma el procedimiento de aprobación de las prestaciones adicionales. Por ende, se hace necesario determinar en cada uno de los supuestos, si tendría aplicación la acción de enriquecimiento sin causa. Es decir, si efectivamente se produce la obligación de restituir al contratista a causa de la ejecución de las prestaciones adicionales.

En ese sentido, vamos a dividir la exposición en dos grupos: a) prestaciones adicionales - entre ellas los adicionales de obra - que son ordenadas y autorizadas por el Titular de la Entidad; b) adicionales de obra que son autorizadas por el Titular de la Entidad y por la CGR.

Las prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios que no superan el 25% por ciento, y los adicionales de obras que no superan el 15% por ciento del monto de la obra, deben ser autorizadas por el Titular de la Entidad. Esta potestad de la Administración pública se conoce como *ius variandi*, y su ejercicio permite obligar a los contratistas a ejecutar prestaciones que no fueron previstas inicialmente en el contrato. Pero si el contratista ejecuta las prestaciones sin ser autorizado previamente por la Administración pública, se produciría un enriquecimiento injustificado. Por ello, se podría aplicar la acción de enriquecimiento sin causa para que se restituyan dichas prestaciones.

En estos supuestos el contratista ejecuta las prestaciones bajo la confianza que la Entidad lo estaba autorizando. Esto porque se produjeron ciertos indicios - por ejemplo una serie de instrucciones por parte de los funcionarios públicos - en el contratista a consecuencia del comportamiento de la Administración pública. A pesar que no se llevó un curso regular del *ius variandi*, el contratista podrá ejercer la acción de enriquecimiento sin causa³⁸.

Sin embargo, si se presenta la circunstancia que el contratista conocía de la negativa de la Administración pública, no sería justo permitir la aplicación de la acción restitutoria. En estos supuestos si se debería exceptuar la acción de enriquecimiento sin causa. Sin duda alguna, el contratista ha producido su mismo empobrecimiento, ya que actuó de mala fe al ejecutar las prestaciones. De esta manera, aparece una vez más el principio de buena fe en relación a la aplicación del enriquecimiento sin causa.

Por otra parte, *los adicionales de obra* que superan el 15% por ciento, y llegan hasta un límite de 50% del monto de la obra, requieren no sólo de la autorización del Titular de la Entidad, sino también, de la CGR. En ese sentido, el contratista que ha ejecutado las prestaciones contando con la sola autorización de primero de los mencionados, estará suficientemente justificado para ejercer la acción de enriquecimiento sin causa. Tal como hemos explicado en los párrafos anteriores.

La controversia se produce en los supuestos donde no existe ni la aprobación previa del Titular de la Entidad, ni la autorización de la CGR. Consideramos que bajo estas

³⁸ La acción de enriquecimiento sin causa podrá ser válidamente ejecutada en aquellos supuestos de *prestaciones superiores* realizadas ante un ejercicio irregular o inválido del *ius variandi*, *vid.* REBOLLO PUIG, MANUEL; *op.cit.*, pp. 444-454.

circunstancias, lo ideal sería analizar supuesto por supuesto, de tal forma que se evalúe si la acción de enriquecimiento sin causa sea adecuada. Esto porque cabrían casos excluidos del ejercicio de este remedio jurídico. Podría pensarse en el supuesto donde el contratista actuó a sabiendas que la misma Entidad contratante no admitía la ejecución de las prestaciones adicionales. De presentarse esta realidad, si sería injusto que el contratista pretenda la restitución de las prestaciones adicionales ejecutadas, ya que él mismo produjo el empobrecimiento. Nuevamente se vincula el principio de buena fe al enriquecimiento sin causa.

Finalmente, la LCE ha establecido que no se puede someter a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de adicionales de obra que requieren de la aprobación de la CGR. Con respecto al otro de los supuestos, la LCE sólo excluye del arbitraje la decisión de la Entidad de aprobar o no las prestaciones adicionales, pero hace omiso sobre las controversias referidas a la ejecución de prestaciones adicionales. Siendo así, el contratista sólo podría acudir a arbitraje para interponer la pretensión restitutoria de enriquecimiento sin causa en los supuestos de prestaciones adicionales que no fueron aprobadas por la CGR. En los otros supuestos, el contratista tendría que acudir a la vía judicial para pretender la restitución de las prestaciones adicionales no aprobadas por la Entidad.

V.- BIBLIOGRAFÍA

ABAD WONG, J. M.; “Presupuestos adicionales de obra, enriquecimiento sin causa, y cláusula arbitral en los contratos administrativos. A propósito de una discusión entre (algunos) jueces y (algunos) árbitros”, *JUS Jurisprudencia*, n° 09, Septiembre, 2008.

ARIÑO ORTIZ, G.; “El enigma del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n° 172, Enero-Abril, 2007.

ARRARTE ARISNABARRETA, A. M.; PANIAGUA GUEVARA, C.; “Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto a los adicionales de obra”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 4, 2007.

BACA ONETO, V. S.; *La invalidez de los contratos públicos*, Civitas, Cizur Menor; 2006, pp. 115.

BACA ONETO, V. S.; *El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano*, Ius et Veritas, n° 48, Julio, 2014.

BACA ONETO, V. S.; “La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento”, *Revista de Derecho Administrativo - Círculo de Derecho Administrativo*, N°07, 2009.

CASTILLO FREYRE, M.; SABROSO MINAYA, R.; “El arbitraje y los adicionales de obra”, *Revista de la Facultad de Derecho-PUCP*, n° 66.

DE SOLAS RAFECAS, J. M.; *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990.

LINARES JARA, M.; “Adicionales de Obra Pública. Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin Causa”, *Revista de Derecho Administrativo -Círculo de Derecho Administrativo*, nº 07, 2009.

LEON FLORES, J. A.; “La inexistencia del Contrato nuevamente sobre el tapete: la evolución de las opiniones del OSCE respecto al reconocimiento de prestaciones derivadas de Contratos Nulos incumpliendo la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento”, *Gestión Pública y Desarrollo*, Noviembre, 2012.

PAREDES CARRANZA, M.; “La inexistencia de contrato y la acción de enriquecimiento sin causa como remedio ante las prestaciones ejecutadas”, *Jus Doctrina & Práctica*, Nº 07, Agosto, 2008.

ORTEGA PIANA, M. A.; “Algunas reflexiones sobre la competencia de la Contraloría de la República respecto de los presupuestos adicionales de obra pública”, *Advocatus*, Nº 7, Diciembre, 2002.

PEÑA LÓPEZ, F.; BUSTO LAGO, J. M.; “*Enriquecimiento injusto y responsabilidad extracontractual*”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº 1, Enero-Diciembre, 1997.

REBOLLO PUIG, M.; “*La invalidez de los contratos administrativos*”, en CASTILLO BLANCO, FEDERICO, *Estudios sobre la contratación en las Administraciones públicas*, Comares, Granada, 1996.

REBOLLO PUIG, M.; *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 199.

SANTAMARIA PASTOR, J. A.; *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972.