

# Adicionales de Obra Pública. Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin causa

Mario Linares Jara\*

*En el presente artículo el autor analiza distintos puntos de vista de la doctrina, jurisprudencia y legislación argentina, chilena, colombiana, mexicana y española, para luego compararla con la nacional en torno a la obra pública y el contrato de obra pública, señalando previamente los conceptos de estas dos figuras.*

*Situados ya en el marco de las obras públicas y el contrato de obra pública como una modalidad de ejecución de aquellas, el autor lleva a cabo un interesante análisis de los denominados adicionales de obra pública, la función administrativa y de control inmersas en los mismos, la aplicación o no del arbitraje respecto de la figura en cuestión y la aplicación o no de los principios de prohibición del enriquecimiento sin causa y el de igualdad ante las cargas públicas.*

Debe indicarse preliminarmente que en absoluto, todos los conceptos aquí vertidos no son ni pretenden ser definitivos, sino que constituyen aportes para fomentar la discusión o la formación de ideas propias entre los lectores. Consecuentemente con ello, la tónica del presente artículo es la de exponer distintos puntos de vista de la doctrina, legislación, jurisprudencia y pronunciamientos administrativos comparados. Así pues, lo escrito en torno a la obra pública, el contrato de obra pública, los adicionales de obra pública, la función administrativa y de control inmersas en los mismos, la aplicación o no del arbitraje respecto de la figura en cuestión y la aplicación o no de los principios de prohibición del enriquecimiento sin causa y el de igualdad ante las cargas públicas, entre otros, no constituyen ni reflejan la opinión personal del autor, sino que constituyen el fruto de un trabajo de investigación ubicado estrictamente en el plano académico, dejando sentado que todos los operadores de la Ley de Contrataciones del Estado deben sujetarse, como no puede ser de otra manera, a la aplicación

estricta de la ley y el derecho, y también en el caso de los árbitros a los hechos y a las pruebas obrantes en cada caso en particular.

## EL CONCEPTO DE OBRA PÚBLICA

Para formarnos conceptos sobre las particularidades de los trabajos adicionales de obras públicas, las funciones administrativa y de control, el arbitraje y el enriquecimiento sin causa, todo en el marco de nuestra normativa, debe abordarse, en primer lugar, los conceptos de *obra pública* y *contrato de obra pública*.

Más allá de la distinción evidente entre obra pública y contrato de obra pública fundada en que lo primero constituye el objeto de lo segundo, la obra pública, como concepto propio del derecho administrativo, admite distintos criterios constitutivos. Igualmente en el derecho comparado, si bien puede apreciarse puntos comunes, los matices saltan a la vista. Abordaremos en el presente trabajo, la legislación argentina<sup>1</sup>, chilena<sup>2</sup>, colombiana<sup>3</sup>,

\* Abogado especializado en Derecho Administrativo y Contratación Pública. Titulado por la Universidad de Lima, Magíster en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos por las Universidades Carlos III de Madrid y Paris X Nanterre en convenio con la Escuela de Postgrado Ciudad Argentina – Buenos Aires y con Estudios de postgrado en Derecho Administrativo en la Universidad de Salamanca. Ha sido profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Lima, siendo en la actualidad profesor en los programas de postgrado en Contratación Pública de las Universidades de Lima, Católica y San Ignacio de Loyola. Igualmente ha sido profesor visitante en el 2007 en los cursos de postgrado en Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca. Es autor de diversos artículos y libros en su especialidad. En el plano profesional ha sido asesor en Consucode (actualmente OSCE) y en diversas entidades públicas y privadas, desempeñándose en la actualidad como árbitro y abogado consultor, siendo socio principal del estudio Linares Consultores.

1 Que cuenta con la Ley N° 13.064, Ley de Obras Públicas.

2 La regulación de las obras públicas en Chile se encuentra recogida en el Reglamento para Contrato de Obras Públicas, aprobado

mexicana<sup>4</sup>, y española<sup>5</sup>, para luego compararla con la nacional. Este ejercicio doctrinario legislativo cobra especial relevancia a fin de exponer los puntos “públicos” del contrato de obra u obra a secas de la Ley de Contrataciones del Estado<sup>6</sup> (en adelante, LCE), ante quienes pretender aplicar un tratamiento civilista exclusivo y excluyente, poniéndose en relieve las razones por las cuales es inherente a la obra pública las funciones administrativa y de control con la particularidad local de aplicación del arbitraje sin materia indisponible, ello sin que esto signifique que nos situemos en posiciones basadas en “poderes extralegales” enfrentados a los principios de buena fe o de seguridad jurídica, cuestiones que más adelante retomaremos.

Al analizar el concepto doctrinario de *obra pública*, nos encontramos con que las aproximaciones a éste pueden partir de diferentes aristas. En efecto, podemos acercarnos a éste a partir de su configuración como objeto de un contrato de obra pública, como objeto parcial de una concesión de obra pública, como un conjunto de actividades materiales determinadas o como el resultado tangible de aquellas.

Con relación al contrato de obra pública, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ<sup>7</sup> señalan que se trata de “(...) la figura contractual más definida en el ámbito administrativo. Es aquél [sic] que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración”.

De lo anterior se desprende que la obra pública, como objeto del contrato indicado, consistiría en “(...) la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo (...)”.

VÁSQUEZ<sup>8</sup> entiende que obra pública “(...) es todo trabajo de construcción, modificación, reparación, conservación, mantenimiento o destrucción de un bien y las operaciones que le acceden realizadas por una entidad estatal o por su cuenta o por una entidad pública no estatal o por un particular con

un fin de utilidad general independientemente del carácter público o privado de los recursos con los que se financie”.

Las definiciones citadas configuran a la obra pública como actividades materiales, trabajos de construcción, reparación u otros, es decir, como una actividad humana.

Por su parte, GORDILLO<sup>9</sup> señala que la obra pública “(...) designa a un cierto tipo de muebles o inmuebles estatales afectados a fines de utilidad general: son ‘obras públicas’, en este sentido, los puentes, caminos, edificios públicos, etc.”

La cita precedente define a la obra pública como un resultado, en específico, como el resultado de las actividades materiales de las citas anteriores.

El propio GORDILLO desprende una serie de elementos de la noción de obra pública. Los elementos mencionados, y que son comunes a las definiciones antes señaladas, corresponden a lo siguiente:

- a) La obra pública puede ser mueble o inmueble.
- b) Se trata de una cosa construida artificialmente.
- c) Es de propiedad del Estado.
- d) Debe estar afectada a fines de utilidad general.

Respecto de la naturaleza mueble o inmueble de la obra pública, la discusión puede centrarse en considerar como obra pública no sólo lo físico sino también los trabajos ejecutados. A modo de ejemplo en la región, la Ley N° 13.064 de Obras Públicas argentina señala en su artículo 1° lo siguiente:

“Artículo 1°.- Considérase obra pública nacional toda construcción o trabajo o servicio de industria que se ejecute con fondos del tesoro de la Nación, a excepción de los efectuados con subsidios, que se regirán por ley especial, y las construcciones militares, que se regirán por la ley N° 12.737 y su reglamentación y supletoriamente por las disposiciones de la presente.”

por Decreto Supremo MOP N° 75 de 2004, que reemplaza al Decreto Supremo MOP N° 15 de 1992.

3 El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aprobado por Ley N° 80 de 1993, regula en Colombia al contrato de obra pública.

4 Los Estados Unidos Mexicanos tienen la denominada Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, cuya más reciente reforma fue publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) con fecha 28 de noviembre de 2008.

5 La Ley N° 30/2007, del 30 de octubre de 2007, Ley de Contratos del Sector Público.

6 Aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, vigente a partir del 13 de febrero de 2009.

7 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Palestra – Temis, Lima – Bogotá 2006. pp. 780 y 781.

8 VÁSQUEZ, Cristina. Modalidades de ejecución de la obra pública. Universidad, Montevideo 1992; citada por DELPIAZZO, Carlos E. Contratación Administrativa. Universidad, Montevideo 1999. p. 268.

9 GORDILLO, Agustín A. Obra Pública y Contrato de Obra Pública. En: Contratos Administrativos: Régimen de Pago y Actualización - Tomo I. Astrea, Buenos Aires 1988. p. 46.

Por su parte, el artículo 1° del Decreto N° 192/985 del 20 de mayo de 1985, de rango reglamentario, e inserto en el marco jurídico que regula la obra pública en la República Oriental del Uruguay, establece la noción de aquella de acuerdo con lo siguiente:

“Considérase obra pública todo trabajo de construcción, modificación, reparación, conservación, mantenimiento o demolición de un bien inmueble, sea que integre el dominio público o privado del Estado, realizado por una entidad estatal o por su cuenta, en cumplimiento de sus fines propios o por un particular atendiendo a los mismos fines, independientemente del carácter privado o público de los recursos con que se financie.”

En ésta acepción de “actividad material humana” es que la legislación mexicana ha conceptualizado la obra pública. El artículo 3° de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con éstas, señala lo siguiente:

“Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley, se consideran obras públicas los trabajos que tengan por objeto construir, instalar, ampliar, adecuar, remodelar, restaurar, conservar, mantener, modificar y demoler bienes inmuebles. Asimismo, quedan comprendidos dentro de las obras públicas los siguientes conceptos:

- i) El mantenimiento y la restauración de bienes muebles incorporados o adheridos a un inmueble, cuando implique modificación al propio inmueble;
- ii) Los trabajos de exploración, geotecnia, localización y perforación que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos petroleros y gas que se encuentren en el subsuelo y la plataforma marina;
- iii) Los proyectos integrales o llave en mano, en los cuales el contratista se obliga desde el diseño de la obra hasta su terminación total, incluyéndose, cuando se requiera, la transferencia de tecnología;
- iv) Los trabajos de exploración, localización y perforación distintos a los de extracción de petróleo y gas; mejoramiento del suelo y subsuelo; desmontes; extracción y aquellos similares, que tengan por objeto

la explotación y desarrollo de los recursos naturales que se encuentren en el suelo o en el subsuelo;

- v) Instalación de islas artificiales y plataformas utilizadas directa o indirectamente en la explotación de recursos naturales;
- vi) Los trabajos de infraestructura agropecuaria;
- vii) La instalación, montaje, colocación o aplicación, incluyendo las pruebas de operación de bienes muebles que deban incorporarse, adherirse o destinarse a un inmueble, siempre y cuando dichos bienes sean proporcionados por la convocante al contratista; o bien, cuando incluyan la adquisición y su precio sea menor al de los trabajos que se contraten, y
- viii) Todos aquellos de naturaleza análoga.”

En el mismo sentido, el numeral 2 del artículo 6° de la Ley N° 30/2007 española señala que “[p]or ‘obra’ se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.”

En aquellos casos en los que se define a la obra pública como un trabajo, de construcción, reparación, modificación, instalación, ampliación, adecuación, entre otros, se detalla las actividades específicas que corresponden a dichos trabajos.

En el caso mexicano, el propio artículo 3° antes señalado detalla las actividades que típicamente son consideradas, en dicho ordenamiento, como obras públicas. La legislación española hace lo propio en el Anexo I de la Ley N° 30/2007 así como la legislación argentina que mediante el Decreto N° 19.324/1949 detalla en su artículo 1° las actividades específicas que son materia de las construcciones, trabajos o servicios de industria que constituyen obra pública.

Con relación al carácter privado o público de los recursos con los que se financia una obra pública, debe decirse que nos inclinamos por, en efecto, prescindir de la naturaleza u origen de los fondos y centrarnos en la finalidad de la obra pública.

La propia Contraloría General de la República del Perú<sup>10</sup>, se ha manifestado<sup>11</sup> en el sentido que es competente para “[o]rtorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales

10 Que de conformidad con el artículo 16° de la Ley N° 17785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, “(...) es el ente técnico rector del Sistema Nacional de Control, (...), que tiene por misión dirigir y supervisar con eficiencia y eficacia el control gubernamental (...)”.

11 Entre otros, en su portal institucional (<http://www.contraloria.gob.pe/>).

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<sup>12</sup>, en concordancia con el literal k) del artículo 22° de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

Como bien indica DELPIAZZO<sup>13</sup>, no debe tomarse en cuenta de dónde provengan los fondos, sino el destino de estos, ello en tanto que al estar abocados a un fin público, pueden calificarse también como tales, así provengan de donaciones particulares<sup>14</sup>. Ahora bien, esto no implica desde nuestro punto de vista, que para el caso específico de los convenios con organizaciones internacionales, la Contraloría tenga competencia necesariamente para el caso de autorización de adicionales, punto que desarrollamos en el pie de página número 42.

Volviendo a la finalidad a la cual se encuentra afectada una obra pública, ésta no es otra que la satisfacción del interés público, interés que se encontrará presente en distinto grado si es que se quiere conjugar el término con el de utilidad general. Por ejemplo, en el caso de la construcción o remodelación de parte de la sede de oficinas de una entidad pública, la misma no se encontrará afectada a un fin público con la misma claridad que una carretera, pero puede deducirse la utilidad pública en función del objeto o finalidad de la Entidad.

Ahora bien, el producto de la actividad a realizarse va de suyo que debe pertenecer al Estado, cuestión que comprende a las entidades sujetas a la Ley de Contrataciones del Estado.

Nos detenemos brevemente en el hecho que en la normativa peruana de contratos del Estado no se cuenta con una definición estricta de obra pública. En efecto, el concepto tímido que figura en el anexo de definiciones del Reglamento de la LCE<sup>15</sup>, se encuentra referido escuetamente a "Obra":

"Obra: Construcción, reconstrucción, remodelación, renovación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos"<sup>16</sup>.

Esta definición sin embargo, puede atribuirse a la obra pública o, si se quiere, a las obras ejecutadas para el Estado. Lo importante es que no se trata de "obras privadas". Tan públicas son las "obras" del Reglamento en cuestión, que existen treinta y un (31) artículos<sup>17</sup> dedicados exclusivamente al contrato que sirve para materializarlas.

El carácter público de la obra se desprende también de las disposiciones que establecen el ejercicio de la función administrativa sobre aquella y sobre las acciones directamente relacionadas a ésta. Así pues, entre otros, el artículo 41° de la LCE, los artículos 208° y 209° de su Reglamento y el numeral 3 del punto V de la Resolución de Contraloría N° 369-2007-CG, que aprueba la Directiva "Autorización previa a la ejecución y al pago de presupuestos adicionales de obra" establecen que el Titular de la Entidad deberá autorizar de manera previa y mediante Resolución Administrativa, la ejecución y pago de prestaciones adicionales de obra. Inclusive, el artículo 209° antes mencionado y el literal k) del artículo 22° de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, contemplan disposiciones que no son sino manifestaciones de la función de control preventivo, al ser necesario para el caso de adicionales que superen 15% del valor del contrato, y de acuerdo a lo que se detalle más adelante, contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República.

En lo referido a la verificación de los supuestos de hecho contenidos en la definición, resalta el criterio de la actividad material, la misma que en correspondencia con la naturaleza de la obra, deberá requerir de dirección técnica especializada.

12 El resaltado es nuestro.

13 DELPIAZZO, Carlos E. *Contratación Administrativa*. Universidad, Montevideo 1999. pp. 268 y 269.

14 GORDILLO encuentra relevante las consideraciones en torno a la calidad de los fondos, ello en correspondencia a la Ley N° 13.064 de Obras Públicas que califica a la labor en función del dinero con el que se le paga (fondos del Tesoro de la Nación). FIORINI por su parte indica: "Este artículo no sólo no define el contrato de obra pública; tampoco expresa una idea exhaustiva pues existen contratos de obras públicas sin necesidad de realizarse con fondos públicos. La definición del art. 1° de la ley N° 13.064 es deficiente y no tiene contenido lógico jurídico, pues confunde obra pública con contrato de obras públicas y destaca sólo un dato, cual es el origen de los pagos, que no tiene relevancia conceptual. Los fondos públicos distinguen el origen de los primeros, no se niega su importancia, pero hay fondos de fuente privada que pueden realizar obras públicas, y hay fondos estatales que sirven para construir obras públicas por el régimen de derecho privado." GORDILLO, Agustín A. *Ob. cit.* p. 51. / FIORINI, Bartolomé A. *Derecho Administrativo*, Tomo I, 2<sup>da</sup>. edición actualizada. AbeledoPerrot, Buenos Aires 1976. pp. 620 y 621.

15 Aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

16 El concepto indicado se encuentra recogido en el numeral 33 del Anexo Único del Reglamento de la LCE.

17 En específico, nos referimos a los artículos 183° a 213°, correspondientes al Capítulo VII (Obras), del Título III (Ejecución Contractual) del Reglamento de la LCE.

Parecería entonces que no reviste dificultad determinar cuándo nos encontramos ante una obra pública para poder así aplicar la regulación específica contenida en la normativa y que se diferencia de los demás objetos contractuales desde la etapa de selección de contratistas<sup>18</sup>; sin embargo, y de lo que se aprecia continuamente, ello no se verifica en el plano real, no sólo debido a que siempre existirán casos límite, sino también a la actitud renuente de la Administración de tener que elegir al contratista, en el caso de obras menores, sólo en atención al menor precio ofertado<sup>19</sup>, cuestión que no asegura una elección idónea, habiendo generado el sistema que, en última instancia, sea el azar el factor de elección, al definirse al contratista mediante un sorteo de entre una pluralidad, a veces impresionante, de postores empatados en la mínima oferta permitida (10% debajo del valor referencial).

Ante la realidad descrita – entre otras razones -, se ha estado prefiriendo optar por la normativa de selección de contratistas de organismos internacionales mediante convenios por los cuales se encarga el procedimiento de selección a un tercero, como en el caso de la UNOPS<sup>20</sup> o de la Organización de Estados Iberoamericanos – OEI o, de lo contrario, vía convenios de administración de recursos, como en el caso del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD.

Igualmente, no es inusual que se determine como una prestación de servicios o una adquisición lo que en realidad constituye o pueda constituir una obra pública. Sobre esto último, inclusive el Tribunal del Consucode, amparó, mediante Resolución N° 208-2009-TC-S4, del 22 de enero de 2009, que una Entidad haya configurado como una adquisición de bienes un contrato que a todas luces debió definirse como una obra pública respaldándose en que mayoritariamente las prestaciones son de adquisición

de bienes y en minoría las correspondientes a una obra utilizando el artículo 78° del Reglamento anterior, como si éste hubiese incluido el supuesto de las obras públicas, cuando en realidad se refiere exclusivamente a la adquisición de bienes y a la prestación de servicios<sup>21</sup>.

Volviendo a la definición de la normativa nacional, debe decirse en síntesis que los elementos de la obra pública son tres; el objetivo, relativo a la actividad material especializada “Construcción, reconstrucción, remodelación, renovación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos” ; el subjetivo, constituido por las Entidades sujetas a la Ley de Contrataciones del Estado, partes del respectivo contrato de obra o a quienes se les entrega la misma cuando estas no ejecuten el procedimiento de selección respectivo y; el teleológico o de finalidad pública o de utilidad pública, presente en toda regulación pública, directa o indirectamente, de forma clara o tenue.

Ahora bien, terminado el punto, ¿es útil la distinción entre obra y obra pública? Somos de la opinión que sí, pero limitada al hecho de enfatizar la regulación pública que recae en la misma y que exorbita el régimen privado sólo en lo que de modo preciso se establezca en la normativa, sin admitirse tanto “principios contractuales sin base positiva”<sup>22</sup>, como la aplicación *prima facie* y de forma irrestricta de disposiciones contenidas en el Código Civil<sup>23</sup>.

## 2. EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Como señaláramos anteriormente, las obras públicas se caracterizan por su *artificialidad*, expresión que indica que aquellas son siempre producto de

18 Los factores de evaluación o, en puridad, de adjudicación del contrato son diferentes para los casos de bienes, servicios y obras.

19 El literal a) del artículo 68° del derogado Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, que aprobó el Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, disponía que, en los casos de contratación de obras “(...) que correspondan a adjudicaciones directas y de menor cuantía no se establecerá factores técnicos de evaluación, sólo se evaluará la propuesta económica de aquellos postores cuya propuesta cumpla con lo señalado en el expediente técnico” estableciéndose en el literal b) una serie de factores de evaluación para el caso de las Licitaciones Públicas. A la fecha el numeral 1 del artículo 47° del Reglamento de la LCE, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, establece básicamente lo mismo que el literal a) del artículo 68° antes citado, pero limitando su aplicación al caso de las adjudicaciones directas “selectivas” y manteniendo el supuesto para las adjudicaciones de menor cuantía.

20 Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas o United Nations Development Program, por sus siglas en inglés.

21 Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

“Artículo 78.- Determinación del proceso de selección

Se considera como objeto principal del proceso de selección a aquél que define la naturaleza de la adquisición o contratación en función de la prestación a ejecutarse. A tal efecto, para la determinación del proceso de selección aplicable se considerará el valor referencial establecido por la Entidad para la adquisición o contratación prevista y los montos establecidos en las normas presupuestarias para la adquisición o contratación de bienes, servicios, arrendamiento o ejecución de obras, según corresponda. En el caso de adquisición de bienes o contratación de servicios que requieran la ejecución de otro tipo de prestaciones, el objeto principal del proceso de selección se determinará en función a la prestación que represente la mayor incidencia porcentual en el costo. En cualquier caso, los bienes o servicios que se requieran como complementarios entre sí, se consideran incluidos en la adquisición o contratación objeto del contrato.”

22 Cuya aplicación provenga de la antigua doctrina de los contratos administrativos en Francia y que en nuestra realidad sería fuente de inseguridad jurídica.

23 SANTISTEBAN DE NORIEGA recalca la aplicación del derecho público en el arbitraje aplicado a los contratos del Estado al interpretar el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado:

la acción del hombre, de un proceso de transformación específico conducido y ejecutado por él. Como tal, existe más de un mecanismo para llevar a cabo la tarea de construir obras públicas.

Dichos mecanismos son comúnmente conocidos como "modalidades" de ejecución de obras públicas: ejecución por "administración directa", por "encargo", mediando un contrato de "Concesión de obra pública"<sup>24</sup>, o un "Contrato de obra pública".

El contrato de obra pública es la modalidad de ejecución de obras públicas más común. Lleva aparejada de manera intrínseca la discusión respecto del concepto "Contrato Administrativo", "Contrato de la Administración", "Contrato en la función Administrativa", "Contrato Público" o "Contrato del Estado o Estatal"<sup>25</sup>. En lo específico, DROMI define al contrato de obra pública como "(...) un procedimiento<sup>26</sup> mediante el cual el Estado, o entidades públicas no estatales, indirectamente, a través de terceros, llevan a cabo la mencionada obra. Constituye sólo uno de los medios o formas de realizar la obra pública"<sup>27</sup>. El mismo autor concluye: "La obra pública es un resultado querido por la Administración, en persecución del fin de utilidad general; en tanto que el contrato de obra y la concesión de obra pública son sus modos de concreción"<sup>28</sup>.

### 3. LOS "ADICIONALES" DE OBRA PÚBLICA

Situados ya en el marco de las obras públicas y el contrato de obra pública como una modalidad de ejecución de aquellas, corresponde llevar a cabo el análisis de los denominados "trabajos adicionales", "adicionales de obra pública" o simplemente, "adicionales".

En general, las distintas legislaciones sobre contratación pública recogen la problemática de los

adicionales, aunque es bastante claro que los niveles de flexibilidad para la aplicación de dicha figura difieren, así como también la perspectiva a partir de la cual se aborda su definición y requisitos constitutivos.

Ya sea como prerrogativa de la Administración Pública (sujeta a control previo o no), como manifestación del *ius variandi*, como mecanismo para mantener el equilibrio económico financiero de un contrato de obra o como título habilitante para efectuar una contratación directa por parte de una entidad pública<sup>29</sup>, el estudio de los adicionales de obra implica remitirnos, necesariamente, a una legislación específica.

Partiremos de la regulación que ha dado la Ley de Contrataciones del Estado:

"Artículo 41.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad podrá 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, podrá reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.

Tratándose de obras, las prestaciones adicionales podrán 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.

"Así queda fuertemente marcado el elemento público en el régimen arbitral especial pues, por encima de lo que pueden pactar las partes, la ley obliga a hacer prevalecer las normas de derecho público que puedan ser aplicables con preferencia sobre las de derecho privado. No hay duda que la voluntad del legislador ha sido la de mantener, en un método de solución de controversias basado en la igualdad de las partes y en la autonomía de la voluntad para la regulación de las actuaciones arbitrales, un componente eminentemente público que nos lleva a concluir que se trata de un régimen arbitral con características propias del Derecho Administrativo. A esto es lo que equivale el lenguaje de la ley cuando el artículo 42° del Decreto Legislativo N° 1017 se refiere al "derecho público" y a la obligación de mantener obligatoriamente un orden de preferencia de este sobre las normas de derecho privado." SANTISTEBAN DE NORIEGA, Jorge, El arbitraje con el Estado en la nueva Ley Arbitral y en el régimen especial de contratación con el Estado, Separata especial de Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 27.

24 Preferimos aquí resaltar el aspecto contractual, prescindiendo del análisis de su aspecto como acto administrativo y reglamento (artículos 1°, 3°, 25° y 26° del Decreto Supremo N° 060-96-PCM).

25 Desde hace un tiempo es preponderante en la doctrina peruana la tesis unitaria de los contratos del Estado. Asumimos dicha concepción desde la publicación del "El Contrato Estatal" en el 2001; posteriormente, se publicó en esta misma revista el artículo "El Contrato Administrativo en el Perú". Recientemente se ha abordado el tema en el libro "Contratación Pública, Derecho local, internacional y de la Integración", considerando las opiniones contrarias a la tesis unitaria vertidas por el profesor Baca Oneto en su artículo "La distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la administración en el Derecho peruano. Notas para una polémica", publicado en el libro compilatorio, El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano. Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Grijley, Lima, 2008.

26 A modo de aclaración, DROMI utiliza la palabra "procedimiento" al configurar el contrato de obra pública en su acepción de mecanismo indirecto de ejecución de obras públicas.

27 DROMI, Roberto, Licitación Pública. Ciudad Argentina, Buenos Aires 1999. p. 563.

28 DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Hispania Libros, Ciudad Argentina, Buenos Aires, Madrid, México, 2006, Décimo primera edición, p. 605.

29 Sin necesidad de llevar a cabo un procedimiento concursal.

En el supuesto de que resultara indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad podrá decidir autorizarlas. Para ello se requerirá contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emitirá previa al pago. La Contraloría General de la República contará con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

Alternativamente, la Entidad podrá resolver el contrato, mediante comunicación escrita al contratista.

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

El contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual.

Las discrepancias respecto de la procedencia de la ampliación del plazo se resuelven de conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 40° de la presente norma.”

A partir de lo anterior y tomando en consideración a la Directiva “Autorización previa a la ejecución y al pago de presupuestos adicionales de obra”, de la Contraloría General de la República, podemos desprender una serie de caracteres de los adicionales de obra:

1. Constituye una prerrogativa pública, exorbitante del derecho común: “La Entidad podrá ordenar y pagar directamente prestaciones adicionales (...)”.
2. Se trata de “prestaciones”, es decir, implica una actividad material humana (artificialidad).
3. Deben ser indispensables para alcanzar la finalidad del contrato.
4. Tienen su origen en:
  - a) Situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato.
  - b) Errores del Expediente Técnico.
  - c) Hechos imprevisibles anteriores o simultáneos a la celebración del contrato (Resolución de Contraloría General N° 369- 2007- CG)
5. Su ejecución por parte del contratista requiere autorización previa.
6. Requiere disponibilidad presupuestal.
7. Habilita a la entidad a sustraerse de la obligación de llevar a cabo un procedimiento de selección de contratistas.

#### 4. CARACTERES DE LOS ADICIONALES DE OBRA

##### 4.1 Constituye una prerrogativa pública.

En efecto, no es necesario que medie un acuerdo entre la Entidad y el contratista respecto de la ejecución de las prestaciones adicionales. Se trata de una prerrogativa de la Administración otorgada por la Ley a fin de resguardar intereses públicos comprometidos, para el caso, en las obras públicas en construcción. El artículo en cuestión no puede ser más claro, existe una orden de por medio, no una solicitud de la Administración<sup>30</sup>.

Ahora bien, la condición expuesta en nada es afectada si es que media para los adicionales de obra pública, una solicitud del contratista en ese sentido, siendo irrelevante que los supuestos que aparezcan un adicional sean detectados por la Administración o por el Contratista y más allá de que sea este último quien comúnmente advierta su existencia.

En general, debe afirmarse que la decisión de que se efectúen trabajos adicionales, es prerrogativa de la entidad pública. No se trata de un procedimiento administrativo que sea iniciado a instancia de parte.

30 CASSINA, tratando el tema de los adicionales de obra y los mayores metrados, utilizando para ello la anterior normativa de contratos del Estado, indica que en caso los adicionales superen el quince por ciento (15%) del valor total del contrato, debe mediar acuerdo entre las partes. CASSINA RIVAS, Emilio, Obras adicionales y mayores metrados, en: Revista Peruana de Arbitraje, N° 6, Magna Editores, Lima, 2008, p. 113.

Por el contrario, ante la noticia que tenga la Administración, independientemente de la fuente, de la necesidad de ejecutar trabajos adicionales, deberá llevar a cabo las indagaciones pertinentes para determinar si, en efecto, la necesidad indicada existe y si se verifican los demás elementos habilitantes de la prerrogativa pública, así como si esta decisión es conveniente, razonable, proporcionada y adecuada al fin perseguido y que además sea posible atendiendo a criterios presupuestales.

En la práctica profesional, se da el error de calificar a la comunicación que formula el contratista a la Entidad sobre la necesidad de llevar a cabo trabajos adicionales, como una solicitud que inicia un procedimiento administrativo a efectos de determinar si corresponde o no llevar a cabo dichos trabajos bajo la figura de adicionales de obra.

En forma estricta, la solicitud no sería tal, sino que seguiría la naturaleza de una "puesta en conocimiento", sobre la base de lo cual la Entidad deberá adoptar las acciones del caso para determinar la pertinencia de llevar a cabo trabajos adicionales. Si la Administración decide no ejecutarlos, ello no necesariamente implicaría responsabilidad contractual; es posible que en atención a los antecedentes negativos del contratista en la ejecución del contrato, la Administración decida que es mejor recurrir a un tercero para la ejecución de los adicionales, o que estos sean ejecutados por la propia Entidad, cuestiones estas aunque muy difíciles no imposibles y que pasan además de las situaciones particulares del caso, por una decisión que deberá encontrarse minuciosamente fundamentada.

#### 4.2 Artificialidad de los Adicionales de Obra

Al igual que la obra pública, las prestaciones adicionales requieren, necesariamente, la ejecución de una actividad material humana. La configuración de los adicionales como "prestaciones" nos indica también, que los trabajos que éstos implican, más allá de la existencia efectiva de una contraprestación correspondiente, son debidos por una de las partes del contrato de obra pública a su contraparte.

#### 4.3 De su relación con la finalidad del contrato

Los trabajos adicionales deben responder a la finalidad del contrato. Ahora bien, esta finalidad no siempre se encuentra definida claramente como trabajos que posibilitan la obra, como en el caso de que, comenzados los trabajos de excavación, aparecen rocas en lugar de tierra. Muchas veces los adicionales deben ser examinados en términos del cumplimiento de la legalidad y del principio de

eficiencia. Un ejemplo de lo primero es el caso de un expediente técnico de un edificio en el que se haya omitido la escalera de incendios, dicho adicional es imperativo en cumplimiento del Reglamento Nacional de Edificaciones<sup>31</sup>. En cuanto al principio de eficiencia, toda decisión de la Administración relativa al cumplimiento de finalidades públicas, debería contemplarlo. Así pues, puede entenderse que una carretera es tal así tenga o no cunetas o badenes, más estos deberán encontrarse previstos en zonas de lluvias. Por lo tanto, de no haberse contemplado en el expediente técnico, pero atendiendo a la eficiencia en el gasto de los recursos públicos, los trabajos adicionales podrían ser imperativos.

#### 4.4 Situaciones imprevisibles detectadas con posterioridad a la suscripción del contrato, errores en el expediente técnico y hechos imprevisibles anteriores o simultáneos a la celebración del contrato

Desde la praxis, los adicionales de obra podrían ser calificados como una cuestión normal para determinadas obras públicas. Sin embargo, normativamente, deben tratarse como excepcionales habida cuenta del régimen habilitante restrictivo de las mismas.

De acuerdo con la normativa bajo análisis, los adicionales para ser tales requieren de:

- a) Situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato.
- b) Errores en el Expediente Técnico.
- c) Hechos imprevisibles anteriores o simultáneos a la celebración del contrato.

#### a) Situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato.

Es el caso de las situaciones de caso fortuito o fuerza mayor. El artículo 1315° del Código Civil, define a la figura del "Caso Fortuito o Fuerza Mayor" como sigue:

"Artículo 1315°.- Caso fortuito o fuerza mayor

Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso."

Así planteada la definición, las situaciones de fuerza mayor revisten las siguientes características:

31 De manera específica, en cumplimiento del Capítulo VI (Escaleras), del Título III.1 (Arquitectura) y que contempla la Norma A.010.

- Son extraordinarias: Esto quiere decir que se encuentra fuera del orden o regla natural o común de las cosas.
- Imprevisibles: El concepto de “prever” implica conocer o conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder. Pues bien, la imprevisibilidad implica que no existe medio a través del cual se pueda conocer la ocurrencia futura de una situación determinada.
- Irresistibles: La característica de la irresistibilidad está relacionada con los efectos de las situaciones de caso fortuito o fuerza mayor. Bien podemos encontrarnos ante situaciones extraordinarias e imprevisibles y adoptar una serie de acciones para evitar sus efectos. La irresistibilidad implica que más allá de las provisiones adoptadas e independientemente de nuestra voluntad, las situaciones de fuerza mayor surtirán sus efectos.

De las características indicadas, es de verse que esta última no ha sido tomada de forma expresa por la regulación administrativa, por lo que no sería exigible por tanto para el caso del supuesto de “las situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato”. Tampoco estaríamos ante un caso de aplicación del principio del mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato en atención a los puntos configurativos específicos para los trabajos adicionales y también para el principio citado.

Lo relevante del presente apartado, es señalar que las situaciones de caso fortuito o fuerza mayor no preexisten ni se dan de manera simultánea a la suscripción del contrato, por el contrario, se suscitan con posterioridad a ello siendo perceptibles durante el período de ejecución contractual.

## b) Errores en el Expediente Técnico

MARIENHOFF<sup>32</sup> se refiere a las categorías “dificultades materiales imprevistas y al error en el proyecto” señalando lo siguiente:

“Si las dificultades [materiales] de la referencia son las que no pudieron ser ‘previstas’, mal podría hablarse en ese caso de ‘error’ en el proyecto. El ‘error’ reposa en hechos conocidos – o que razonablemente debieron conocerse –, pero que fueron equivocadamente valorados. En cambio, las ‘dificultades materiales imprevistas’ son las caracterizadas en el párrafo anterior, cuya aparición no le es imputable al Estado ni al contratante”<sup>33</sup>.

Además indica:

“Las ‘dificultades materiales imprevistas’ son de origen natural y constituyen fenómenos ocultos en el seno terrestre. (...) Las dificultades de origen humano (creadas por el hombre) no integran el expresado concepto de ‘dificultades materiales imprevistas’, pues siendo aquéllas [sic] ‘manifiestas’, u ‘ostensibles’, su existencia no permite considerarlas como ‘imprevistas’: el no haberlas tomado en cuenta o no haberlas considerado, trasunta un caso común de negligencia o culpa (...)”

Así, la necesidad de ejecutar trabajos adicionales puede sustentarse en la existencia de errores en el expediente técnico. En este caso, el error puede ser atribuible a la propia Entidad o a un tercero. Respecto de lo primero, la Entidad en atención a sus competencias y a la decisión de elaborar el expediente técnico, sería responsable del error u omisión. En el segundo, el consultor contratado podría asumir el vicio detectado a no ser que se demuestre y dependiendo de las condiciones contractuales, que el error habría sido causado al seguirse pautas contenidas en los estudios preliminares facilitados por la propia Entidad.

El tema de los errores en los expedientes técnicos debiera ser extraordinario; sin embargo, muchas veces la desactualización de los estudios y la impunidad de los responsables, han causado que este grave hecho tenga cierta regularidad en nuestro medio con el consiguiente perjuicio para el Estado.

## c) Hechos imprevisibles anteriores o simultáneos a la celebración del contrato.

Con relación al punto que nos ocupa, ESCOBAR GIL señala que “(...) el presupuesto fáctico de ambas teorías [dificultades materiales imprevistas y fuerza mayor] es un fenómeno externo e imprevisible para las partes, que en el caso de las dificultades materiales imprevistas es concomitante o simultáneo a la celebración del contrato, y en el supuesto de la fuerza mayor sobreviene durante la ejecución del mismo, como ocurre con la teoría de la imprevisión”<sup>34</sup>.

Es de verse que de acuerdo a nuestra normativa, la fuerza mayor indicada por ESCOBAR GIL estaría dada por las “situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato” y las dificultades materiales imprevistas, por los “hechos imprevisibles anteriores o simultáneos a la celebración del contrato”.

32 MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III – B. AbeledoPerrot, Buenos Aires 1978. pp. 564 y 565.

33 El contenido entre corchetes ha sido agregado.

34 ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. LEGIS, Colombia 1999. p. 580.

Ahora bien, es de advertir que el supuesto normativo del artículo 41° de la LCE no distingue entre una u otra. Nos remitimos por tanto a otro dispositivo para definir el tema que nos ocupa. En efecto, el numeral 6 del punto V de la Resolución de Contraloría General N° 369-2007-CG, que aprueba la Directiva "Autorización previa a la ejecución y al pago de presupuestos adicionales de obra" ha establecido "causales de procedencia de las prestaciones adicionales de obra" señalando lo siguiente:

"6. Causales de procedencia de las prestaciones adicionales de obra

Procede la autorización previa a la ejecución y al pago de presupuestos adicionales de obra, sólo en casos originados por la cobertura de mayores costos orientados a alcanzar la finalidad del contrato y siempre que sean derivados de:

- a) Hechos por su naturaleza imprevisibles al formularse las bases de la licitación o celebrarse el correspondiente contrato, y hechos fortuitos o de fuerza mayor producidos con posterioridad a la suscripción del contrato de obra.
- b) Errores, omisiones o deficiencias en el expediente técnico de la obra."

Así pues, el literal a) contempla como causal de procedencia de los adicionales de obra a los "hechos imprevisibles al formularse las bases de la licitación o celebrarse el correspondiente contrato" que son, efectivamente, hechos imprevisibles anteriores o simultáneos a la celebración del contrato.

Como es de verse, nada ha cambiado con la vigente normativa de contratos del Estado, el supuesto presente sigue teniendo en solitario como fuente a la Directiva indicada.

#### 4.5 Necesidad de autorización previa

Ante la verificación de los supuestos habilitantes de los adicionales de obra pública la Administración puede o no ordenar su ejecución de acuerdo, y como ya se indicara, a los criterios de razonabilidad, proporcionalidad, eficiencia y al cumplimiento de finalidades públicas.

#### 4.6 Disponibilidad presupuestal

Otro de los caracteres de los adicionales de obra es que su ejecución sólo puede ser autorizada en caso que la Entidad cuente con disponibilidad presupuestal, elemento este que debe contemplarse antes de tomarse la decisión de ordenar el adicional.

#### 4.7 Excepción a la ejecución de un procedimiento de selección de contratistas

Cumplidos los requisitos antes mencionados, la legislación nacional faculta a la Entidad contratante a ordenar la ejecución y el pago de adicionales de obra.

Independientemente de si es calificada expresamente como una excepción a la obligación de llevar a cabo un proceso de selección,<sup>35</sup> o si simplemente se señala que es factible la contratación directa del adicional, la figura de los adicionales de obra, habilita a la Entidad Pública a no llevar a cabo un procedimiento concurrencial.

### 5. FUNCIÓN DE ADMINISTRACIÓN Y DE CONTROL EN LOS ADICIONALES DE OBRA PÚBLICA Y LA EXCLUSIÓN DEL ARBITRAJE

Llegado el punto, es menester abocarnos en primer término, al hecho que en el Perú el régimen legal de solución de controversias en los contratos de obra pública, a mérito de la normativa especial de la materia, está dado por la conciliación y el arbitraje, régimen particular en comparación con los ordenamientos iberoamericanos en donde no existe sino excepcionalmente y con grandes limitaciones. En efecto, la primera dificultad de la implementación del arbitraje en la contratación pública ha sido la denominada reserva del control de legalidad de parte del poder judicial respecto del ejercicio de potestades o prerrogativas públicas o de los actos administrativos<sup>36</sup>, reserva que puede estar contenida en un ordenamiento o inferirse mediante la presunción de legalidad, ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, concluyéndose que la vía idónea para la solución de controversias en los contratos del Estado es la administrativa y posteriormente la judicial, habida cuenta que las decisiones de la Administración relativas a la ejecución contractual constituyen actos administrativos<sup>37</sup>. La reserva del control de la legalidad para el poder

35 En la legislación argentina, el literal b) del artículo 9° de la Ley N° 13.064 de Obras Públicas, califica la figura de los trabajos adicionales como una excepción a la licitación pública. Asimismo, el artículo 155° de la Ley N° 30/2007, Ley de Contratos del Sector Público, de España, establece que las "obras complementarias" (que viene a ser los trabajos adicionales desarrollados en el presente, con diferente nomenclatura) se adjudican mediante procedimiento negociado, a través del cual la Entidad elige a su cocontratante mediante un procedimiento de consultas a una o más candidatos y negociar las condiciones del contrato.

36 FRAGA PITALUGA, Luis, El arbitraje y la transacción como métodos alternativos de resolución de conflictos administrativos, en IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías", La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo. Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998, p. 165.

judicial puede concordarse con el principio de legalidad. Se afirma entonces que para que proceda el arbitraje en los contratos suscritos por el Estado debe existir una autorización legal, de lo contrario, el proceso arbitral es inaplicable. Ahora bien, en el supuesto de estar previsto en el orden constitucional la solución de controversias contractuales del Estado, ello no significa para gran parte de la doctrina, que se encuentre superada la reserva del control de la legalidad. En efecto, en dicho caso, se sostiene que el arbitraje podrá aplicarse limitadamente, esto dependiendo de si la controversia se centra en materias por naturaleza disponibles o indisponibles. La Administración deberá practicar un análisis respecto de si la *litis* se ubica en la zona de disponibilidad o no, encontrándose dentro de esta última las “potestades propias de los contratos administrativos”. Se tiene entonces que sólo pueden someterse a arbitraje las controversias de los “Contratos Privados de la Administración” y no la de los “Contratos Administrativos”, sino únicamente en cuanto a cuestiones de carácter técnico, de hecho, o de tipo financiero patrimonial<sup>38</sup>.

Como es de verse, nuestro ordenamiento y la práctica del arbitraje en los contratos públicos no han encontrado las resistencias expuestas, se prescinde del discernimiento o fijación de la sede arbitral o judicial, aplicándose sin más el régimen de arbitraje contenido en la normativa de contrataciones del Estado desde hace más de una década<sup>39</sup>. Ahora bien y como en su oportunidad apuntó CASSINA, pueden apreciarse espacios otorgados por la propia normativa para soluciones en sede judicial, siendo uno de ellos el relativo al desacuerdo que pueda suscitarse entre el contratista y la Contraloría General de la República, inclusive entre la Entidad y la misma Contraloría respecto de la desaprobación de adicionales que excedan el 15% del monto contractual y por lo cual asume competencia esta última para su aprobación de acuerdo no sólo a la propia normativa de contratos del Estado sino también a la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

Ahora bien, ¿hasta qué punto es conveniente que la función de control que recae en la Administra-

ción Pública afecte a un particular?, ¿esta medida encarece los costos de transacción y desincentiva la mayor participación de la empresa privada en las obras públicas? De no existir el control preventivo en los adicionales de obra pública que superen el quince por ciento (15%) del contrato, ¿hasta qué punto se concederían adicionales que no son tales afectándose los recursos del Estado? Esto último, ¿no revela un control posterior y un régimen punitivo ineficiente, debiendo centrarse en este punto las correcciones? ¿el sistema de habilitación residual del Poder Judicial para resolver las controversias suscitadas en el ejercicio del control preventivo afecta la dinámica de la ejecución contractual y al mismo interés público? ¿la extensión de la exclusión de la sede arbitral en la vigente normativa con relación al pronunciamiento de las Entidades aprobando o no los adicionales superiores al 15%, agrava el panorama descrito?

Las respuestas a las preguntas formuladas pueden alcanzar distintos grados y matices. En efecto, el control preventivo puede justificarse y es importante para evitar el indebido o ilícito manejo de los recursos del Estado por lo que se trataría, en todo caso, de una restricción al arbitraje fundada en consideraciones de interés público; más aún, podría sostenerse que no nos encontramos ante una restricción al régimen de arbitraje para la solución de controversias en materia de los contratos del Estado, toda vez que la decisión administrativa de aprobar o denegar la ejecución de adicionales por parte de la Contraloría no es tal en puridad, sino que se trata de una decisión de control o de un acto administrativo especial en ejercicio de la función de control de parte de un tercero ajeno a la relación contractual. Por otro lado, y sin atender a razones presupuestales o de especialización<sup>40</sup>, el control preventivo que ha venido funcionando puede que no se ajuste a criterios de eficiencia. Tanto si se aplica el control preventivo de la Contraloría a la ejecución y pago de los adicionales de obra, como si se plantea su aplicación respecto de sólo el pago, el sistema puede ser tildado de ineficiente. En efecto, ARRARTE y PANIAGUA<sup>41</sup> han indicado que los dos sistemas aplicados han presentado problemas reñidos con este principio. Explican los autores que con relación a la aprobación previa

37 La referencia está dada a los sistemas de jurisdicción unitaria en donde los actos administrativos son impugnables en sede administrativa y luego en sede judicial, sistema distinto a la dualidad de jurisdicción colombiana.

38 URDANETA SANDOVAL, Carlos Alberto. Aspectos del Arbitraje Público en la Contratación Administrativa, En: Los Contratos Administrativos Contratos del Estado, VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Allan Randolph Brewer-Carías, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2005, p. 355.

39 LINARES JARA, Mario Ernesto. Contratación Pública: Derecho local, internacional y de la Integración. GRIJLEY, Lima 2008. pp. 61 y ss.

40 ORTEGA PIANA ha señalado que: “(...) también es pertinente destacar que el 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 solo en obras, lo cual significa convertir a la CGR en una suerte de supraorganismo público que sería sinónimo en los hechos, de ineficiencia, ya que el que pretende abarcar mucho, poco aprieta finalmente”. ORTEGA PIANA, Marco Antonio, Algunas reflexiones sobre la competencia de la Contraloría General de la República respecto de los presupuestos adicionales de obra pública, en: ADVOCATUS, Nueva ÉPOCA, N° 7, Lima 2002, p. 440.

41 ARRARTE A. Ana María y PANIAGUA GUEVARA, Carlos. Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra, en: Revista Peruana de Arbitraje, Magna Ediciones, Lima 2007, pp. 142 y ss.

para la ejecución y el pago de adicionales, si bien el contratista debe esperar la autorización de ejecución lo que le asegura el pago respectivo, la obra queda paralizada a la espera de que termine el procedimiento de aprobación, pudiendo extenderse los plazos si el resultado no es favorable y si se procede a impugnar el mismo. En este caso, indican, el problema no sólo recae en el reconocimiento de gastos generales sino que todo ello puede tornar a la obra en inviable. Por el contrario, si la aprobación es sólo referida al pago, el problema se traslada al contratista, dado que deberá asumir el riesgo de que se determine la improcedencia del pago por los trabajos ejecutados.

Además de lo indicado, se aprecia que el problema no sólo obedece a cuestiones tangibles sino que la ineficiencia se marca por el hecho de que muchas obras públicas han “huido” del régimen de control preventivo mediante la aplicación de las reglas de organismos internacionales, sea que estos financien o no la infraestructura en construcción, ello a pesar de los criterios de la Contraloría General de la República y del Consucode<sup>42</sup>.

El tema debería encontrar un justo medio, uno que no sea sinónimo de freno a la dinámica del sistema de arbitraje para los contratos del Estado y que, al mismo tiempo, no permita que se destinen adicionales o se obligue a la Administración a buscar soluciones de gestión al margen de la normativa regular. El debate está abierto, desde aquí se sugiere se contemple la pertinencia de un sistema paralelo de control posterior efectivo

y uno de acompañamiento en la ejecución de obras sensibles por la magnitud de la inversión o por su trascendencia social, no descartándose la figura del “mediador”, funcionario designado específicamente para asegurar la buena marcha de la o las obras que se le encarguen. Igualmente, sería útil para el control posterior aleatorio de las obras restantes, la habilitación de denuncias cuya calificación y trámite sean céleres debiendo pasar todo ello, obviamente, por una reforma legislativa que en la actualidad, dada la coyuntura de crisis internacional, es urgente.

## 6. ADICIONALES DE OBRA PÚBLICA Y LOS PRINCIPIOS DE PROHIBICIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA E IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PÚBLICAS

¿Debe la Administración pagar por adicionales de obra que no cuenten con las autorizaciones expresas que indica la Ley?

Surge de inmediato otro cuestionamiento ¿está expedita la sede arbitral para solucionar controversias sobre el pago de los adicionales de obra sin autorización administrativa y/o sin el acto de autorización y/o de control de la Contraloría General de la República?

### 6.1 El enriquecimiento sin causa

Al margen de si se da por propia iniciativa, mediante una conciliación o un laudo, la Administración podría, en efecto, pagar por adicionales de obra o por cualquier prestación a pesar del incumplimiento

42 Como regla general, las organizaciones internacionales (en adelante, OI) están exentas de la aplicación del derecho interno de los Estados de acuerdo con los privilegios que les hayan sido extendidos. No obstante, además de las inmunidades que hayan sido explícitamente concedidas, éstas gozan de privilegios derivados de la aplicación de los principios generales de derecho internacional. Uno de estos principios consiste en que las OI tienen el poder autónomo de establecer sus reglas de organización y de administración. El sustento a dicha regla es que un Estado no debe interferir en la esfera interna de una OI de tal forma que aquel no se encuentre en condiciones o posibilidades de poder frustrar el desarrollo de las funciones de aquella.

En el caso peruano, las OI no se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la LCE según se establece en su artículo 3°; tampoco se encuentran bajo el ámbito de control de la Contraloría General de la República, tal como está definido en la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. El artículo 3° de la LCE limita su ámbito de aplicación a las entidades que enumera entre las que no se encuentran las OI. En consecuencia, es factible interpretar que las disposiciones relativas al requerimiento de prestaciones adicionales establecidas en su artículo 41° y las señaladas en su Reglamento, no les son aplicables a los OI que suelen contratar a particulares para la ejecución de obras públicas. Por otra parte, el artículo 3° de la Ley N° 27785, al regular su ámbito de aplicación señala que “[l]as normas contenidas en la presente Ley y aquellas que emita la Contraloría General son aplicables a todas las entidades sujetas a control por el Sistema, independientemente del régimen legal o fuente de financiamiento bajo el cual operen”.

Asimismo, el literal g) del artículo 3° mencionado establece que el Sistema Nacional de Control es aplicable a “[l]as entidades privadas, las entidades no gubernamentales y las entidades internacionales, exclusivamente por los recursos y bienes del Estado que perciban o administren. En estos casos, la entidad sujeta a control, deberá prever los mecanismos necesarios que permitan el control detallado por parte del Sistema”.

A partir de lo anterior, podría señalarse que los organismos internacionales estarían comprendidos dentro del ámbito de control de la Contraloría General de la República, sin embargo, debe apreciarse que en el artículo 4° de la propia ley dispone lo siguiente: “Artículo 4.- Control de recursos y bienes del Estado fuera del ámbito del sistema. Las entidades que, en uso de sus facultades, destinen recursos y bienes del Estado, incluyendo donaciones provenientes de fuentes extranjeras cooperantes, a entidades no gubernamentales nacionales o internacionales no sujetas a control, se encuentran obligadas a informar a la Contraloría General, sobre la inversión y sus resultados, derivados de la evaluación permanente que debe practicarse sobre tales recursos”.

A fin de resolver la contradicción entre el artículo 3° y el artículo 4°, puede ser útil diferenciar entre las “entidades internacionales” del literal g) del artículo 3° de las “entidades internacionales no sujetas a control” mencionadas en el artículo 4°. Esto se puede lograr interpretando los principios de derecho internacional señalados en la sección anterior relativos a cuándo se aplica el derecho interno de los Estados a la actividad de las organizaciones internacionales: el literal g) del artículo 3° se refiere a personas jurídicas de derecho privado constituidas según el derecho de algún Estado extranjero, mientras que el artículo 4° se refiere a entes soberanos de algún Estado o a OI creadas según el derecho internacional público.

de las formalidades, tanto de su parte como del particular. Esta obligación tendría como fundamento el principio general del derecho de que nadie puede enriquecerse a expensas del empobrecimiento de otro sin causa justificada y el principio de derecho público de igualdad ante las cargas públicas.

Es mayoritariamente aceptado que la proscripción del enriquecimiento sin causa constituye un principio general de derecho, como tal, podría ser aplicable de forma directa en el ámbito de los contratos del Estado sin necesidad de analogías con el derecho civil, aunque ello haya sido también un medio para su aplicación<sup>43</sup>.

BANDEIRA DE MELLO, quien cita a BAYLE, indica que en el Derecho Administrativo encontramos que el principio tiene precedentes desde 1890 en el fallo Lemaire del Consejo de Estado francés:

“Que el derecho a la indemnización del cuasicontratante de la Administración podría fundarse en el principio general del derecho de que nadie puede enriquecerse a costa de otros, toda vez que se reúnan las condiciones particulares de su operatividad. Estas condiciones son en número de tres: es necesario que haya un asentimiento de la colectividad pública enriquecida, utilidad general del gasto realizado por la persona empobrecida y provecho extraído sin causa por la Administración”<sup>44</sup>.

BANDEIRA DE MELLO refiere cómo BAYLE, al comentar el fallo, alude a que el asentimiento constituye una noción de hecho que puede manifestarse de forma explícita, tácita o presumida, citando textualmente lo siguiente:

“(…) el asentimiento simplemente presumido de la Administración sea suficiente para establecer la ligazón de hecho, necesaria para colocar como causa la responsabilidad cuasicontractual. Es lo que sucede cuando ella decide no oponerse a la oferta de colaboración de la contraparte, ya sea habiendo sido informada preliminarmente del cumplimiento de las prestaciones y lejos de prohibirlas se empeña en controlarla, ya sea por haberlas seguido, no habiéndose opuesto a su ejecución, o porque las operaciones fueron realizadas bajo su control y fiscalización al mismo tiempo. (...) El enriquecimiento sin causa tiene lugar aún en la hipótesis en la cual el contrato no es apenas nulo, sino inexistente”.

El autor bajo comentario, finalmente concluye:

“(…) no se puede admitir que la Administración se enriquezca a costa ajena y, según parece, el enriquecimiento sin causa – que es un principio general del derecho – que en tales casos se apoya en el derecho del particular de ser indemnizado por la actividad que provechosamente dispensó en pro de la Administración, aunque la relación jurídica se haya obstaculizado o aún contra la falta de cualquier formalidad, siempre que el poder público haya consentido con ella, incluso de forma explícita o tácita, comprendiéndose el mero hecho de haberla incorporado buenamente a su provecho, salvo si la relación surgiera de actos de incontestable mala fe, reconocible en el comportamiento de las partes o simplemente del empobrecido”.

Pareciese que nuestra realidad no es exclusiva en cuanto a la colisión de las formalidades administrativas con las necesidades reales, urgentes o no, de una gestión pública eficiente. El precio del control de la cosa pública es a veces desproporcionado con el fin que se pretende alcanzar. Quien tenga algo de experiencia en la ejecución de contratos del Estado no podrá rechazar la existencia de casos en los que la propia Administración, requiere a ruego y al margen de consideraciones formales o mientras éstas se consolidan, la ejecución de prestaciones adicionales, contratos complementarios o simplemente prestaciones, sean o no de obra pública. Ante ello puede pensarse que es abiertamente contrario al principio de buena fe y a la moral, que la misma Administración pretenda desconocer lo que anteriormente (sean las mismas autoridades o no) solicitó o consintió. El principio general del derecho de proscripción del enriquecimiento sin causa podría ser de aplicación en los casos descritos, encontrando respaldo esta tesis inclusive, de parte de los organismos de supervisión o de control, como en el caso del Consucode y de la Contraloría General de Chile:

“En el caso de prestaciones adicionales estas 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 (...). El pago de las prestaciones adicionales no autorizadas, no enerva

43 CRETILLA, Junior, Los principios fundamentales del Derecho Administrativo, en: Revista de Derecho Administrativo, Año N° 2, N° 5, Buenos Aires, 1990.

44 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, El principio del enriquecimiento sin causa en el contrato administrativo, En: La Contratación Pública, T. 2, Dirección: Juan Carlos Cassagne y Enrique Rivero Ysern, Editorial Hammurabi, Buenos Aires 2006, p. 886.

la responsabilidad administrativa ni civil de los funcionarios”<sup>45</sup>.

“No obstante el proceso licitatorio no se ajustó a los principios de estricta sujeción a las bases y se vulneró el principio de igualdad de los proponentes, en el caso que la empresa adjudicataria haya comenzado a prestar los servicios pactados en el contrato, la Entidad Licitante deberá pagar las facturas correspondientes a los servicios que ya se hubieren ejecutado, lo cual no configura una validación del referido proceso, sino que solamente evita, para dicha repartición pública, un enriquecimiento sin causa, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar a los funcionarios que participaron en la aludida licitación”<sup>46</sup>.

“En caso que la empresa adjudicataria haya prestado todo o parte de los servicios pactados en el convenio, antes de la total tramitación del acto aprobatorio del mismo, el Ministerio deberá pagar las facturas correspondientes a los servicios que se hubieren ejecutado, lo cual no configura una validación de la referida contratación, sino que solamente evita, para dicha repartición pública, un enriquecimiento sin causa, sin perjuicio de la procedencia de hacer efectivas las responsabilidades que pudieren derivar de las irregularidades mencionadas”<sup>47</sup>.

Ahora bien, ¿en qué se sustenta la posición contraria, esto es, que la figura del enriquecimiento sin causa no es aplicable en el régimen de los contratos del Estado?

Al respecto, es interesante el planteamiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado colombiano en el caso Internacional de Administración y Aseo Ltda – INTERASED con la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - CAPRECOM, de fecha 30 de marzo de 2006, expediente N° 25.662<sup>48</sup>, en el que ha indicado que no puede ampararse el principio de enriquecimiento sin causa en el supuesto que el empobrecimiento haya sido provocado por el mismo contratista, supuesto que se verifica si es que este, a sabiendas de que existe un procedimiento y formalidades para contratar, realiza prestaciones al margen de ello. Esto se explica – sostiene el Consejo de Estado – debido a que el enriquecimiento sin causa tiene operatividad actualmente sólo ante las deficiencias del sistema normativo y que para el caso de los contratos del Estado, la ley ha previsto las condiciones y garantías mediante las cuales estos se celebran. Citamos textualmente:

“(…) la figura del ‘enriquecimiento sin causa’ es un elemento corrector de posibles situaciones injustas, cuya prevención y remedio han escapado de las previsiones jurídicas. De esta manera, el enriquecimiento sin causa nace y existe actualmente, como un elemento supletorio de las disposiciones normativas, que provee soluciones justas en los eventos de desequilibrios patrimoniales injustificados, no cubiertos por el Derecho.

(…) cuando el contratista de la administración acepte prestar un servicio, con pleno conocimiento de que está actuando sin la protección que el ordenamiento jurídico ofrece a los colaboradores de la administración, no puede aprovecharse posteriormente de su propia culpa, para pedir que le sea reintegrado lo que ha perdido como causa de la violación de la Ley”.

Si bien podría ser atendible la argumentación del Consejo de Estado colombiano, también debe contemplarse el hecho que y a pesar de la previsión legislativa puntual que pueda existir, ello no garantizaría necesariamente que no puedan verificarse situaciones anormales que generen un enriquecimiento del Estado y un empobrecimiento del contratista. En efecto, que exista culpa o no del contratista en la prosecución de un procedimiento, no necesariamente puede convalidar una situación injusta que, recordemos, puede haber sido causada por instrucciones de la propia Administración, situación en la cual entrarían a tallar los principios de buena fe y de confianza legítima en la Administración o bien la solución urgente de necesidades o finalidades públicas.

Podríamos encontrarnos en todo caso ante un enriquecimiento y empobrecimiento objetivo, inaplicable sólo por la real conducta dolosa de las partes, no necesariamente por incumplir procedimientos administrativos. Esto no significa que se niegue la posibilidad de actuaciones de mala fe, de convivencia ilícita entre el particular contratista y entre funcionarios. Igualmente, y como ya se ha dicho aunque de forma indirecta, puede que acontezca que a pesar de la oposición de la Administración respecto de la ejecución de trabajos adicionales, el contratista persista en ello. Ante dichas situaciones, no sería de aplicación el principio de prohibición del enriquecimiento sin causa y el correspondiente resarcimiento para evitarlo, en el primer supuesto por razones obvias, en el segundo, en virtud a que va de suyo que el riesgo de una negación de las autorizaciones requeridas por el ordenamiento, sería asumido por el contratista. La casuística debe enriquecer a no dudar, el debate.

45 Opinión N° 64-2002-GTN (Gerencia Técnica Normativa del Consucode).

46 Dictamen N° 298, de 2008 de la CGR de Chile.

47 Dictamen N° 23616 de 2008 de la CGR de Chile.

Ahora bien y tal como se adelantó, la prohibición del enriquecimiento sin causa sustentada en la equidad, no constituiría el único soporte del derecho de resarcimiento al particular, debe también contemplarse el denominado principio de igualdad ante las cargas públicas, explicándose dicho principio de manera resumida en que la carga que se hace recaer sobre el contratista al no reconocérsele el pago de lo ejecutado en una obra pública, rompe el equilibrio de la distribución igualitaria de la misma entre todos los contribuyentes, al tener también el contratista tal calidad y tener que soportar además el costo de parte de la obra correspondiente a las prestaciones ejecutadas impagas<sup>49</sup>. Si bien en la Constitución del Perú, éste principio no figura de manera literal, su existencia se deriva de una interpretación del principio de igualdad. Respecto de esta derivación, PETZOLD expresa:

“Las expresiones jurídicas de igualdad, a través de la historia del derecho, han llevado a estandarizarse, es decir generalizarse y universalizarse. Así, en casi todos los órganos jurídicos existen, comúnmente a nivel nacional, una serie de reglas jurídico-generales que se refieren a la igualdad. Por ejemplo, el llamado principio o garantía de la igualdad ante la ley, la prohibición de las distinciones fundadas en el sexo, raza, el color, la lengua, la religión (...), el principio de la igualdad ante las cargas públicas (...), etc.”<sup>50</sup>

De otro lado GARCÍA TOMA añade:

“En otra perspectiva, la igualdad ante la ley se manifiesta en tres aspectos (...) - Equiparidad ante las cargas públicas (...)”<sup>51</sup>.

Respecto de este último punto es factible concluir de conformidad con el artículo 2° de la propia Constitución, que el principio de igualdad ante las cargas públicas ostenta rango constitucional, pudiendo ser fundamento para el pago de prestaciones adicionales ejecutadas, tengan éstas o no autorización administrativa.

## 6.2 Enriquecimiento sin causa y sede arbitral

A pesar de lo indicado en el punto anterior, es factible interpretarse que la controversia sustentada en un enriquecimiento sin causa no puede resolverse en sede arbitral, ello debido a que el Código Civil peruano ubica a la figura como fuente extracon-

tractual de obligaciones. Por lo tanto, siendo que sólo las controversias contractuales se resuelven en la vía arbitral, ésta sería inaplicable.

CAMPOS, rebate la conclusión anterior sosteniendo que es arbitrable el enriquecimiento sin causa en base a:

Que teniendo el enriquecimiento sin causa como base el principio de equidad, éste es de orden general, siendo inocua por lo tanto la ubicación meramente ordenatoria del Código Civil;

En aplicación de la tesis de interpretación extensiva de la cláusula arbitral y;

Debido a la aplicación de los principios *indubio pro arbitraje* y *kompetenz – kompetenz*, principio este último, - dice el autor -, que ha terminado de romper la equivocada identidad entre el contrato y el arbitraje, quedando el enfoque en la intención de las partes<sup>52</sup>.

Repasemos las disposiciones vigentes sobre el particular:

### “Artículo 216.- Convenio Arbitral

En el convenio arbitral las partes pueden encomendar la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral, a cuyo efecto el correspondiente convenio arbitral tipo puede ser incorporado al contrato. La OSCE publicará en su portal institucional una relación de convenios arbitrales tipo aprobados periódicamente.

Si en el convenio arbitral incluido en el contrato, no se precisa que el arbitraje es institucional, la controversia se resolverá mediante un arbitraje *ad hoc*. El arbitraje *ad hoc* será regulado por las Directivas sobre la materia que para el efecto emita el OSCE.

Si el contrato no incorpora un convenio arbitral, se considerará incorporado de pleno derecho el siguiente texto, que remite a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje - OSCE, cuya cláusula tipo es:

“Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho,

48 [http://www.ramajudicial.gov.co/csj\\_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=1](http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=1)

49 GRANILLO OCAMPO, Raúl, La distribución del riesgo en la contratación administrativa, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 146.

50 PETZOLD PERNIA, Hermann, La noción de igualdad en el derecho de algunos Estados de América, Universidad de Zulia, Maracaibo, 1974, p. 17.

51 GARCÍA TOMA, Victor, Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1998, T. I. p. 77.

52 CAMPOS MEDINA, Alexander, La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos. En: Revista Peruana de Arbitraje N° 3, Grijley, Lima, 2006.

de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OCSE y de acuerdo con su Reglamento”.

#### **“Artículo 228.- Regulación del Arbitraje**

En cualquier etapa del proceso arbitral, los jueces y las autoridades administrativas se abstendrán de oficio o a petición de parte, de conocer las controversias derivadas de la validez, invalidez, rescisión, resolución, nulidad, ejecución o interpretación de los contratos y, en general, cualquier controversia que surja desde la celebración de los mismos, sometidos al arbitraje conforme al presente Reglamento, debiendo declarar nulo todo lo actuado y el archivamiento definitivo del proceso judicial

o administrativo que se hubiere generado, en el estado en que éste se encuentre.

Durante el desarrollo del arbitraje, los árbitros deberán tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas plena oportunidad para ejercer su derecho de defensa.”

Los artículos citados, muestran que todas las diferencias derivadas de la ejecución del contrato deben resolverse mediante arbitraje, pudiendo interpretarse que se encuentran dentro de éstas, no solo como indica CAMPOS, los casos de enriquecimiento sin causa por la ejecución impaga de adicionales de obra pública, sino también, las pretensiones indemnizatorias. Como se advirtiera al inicio de este trabajo, las discusiones en torno a las figuras aquí tratadas quedan abiertas. CA