

## ARBITRABILIDAD DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Leandro García Valdez<sup>1</sup>

---

*Fecha de publicación: 23/07/2017*

**Sumario:** Introducción. **1.** Arbitrabilidad. **2.** Enriquecimiento sin causa. **3.** Arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. Conclusiones. Bibliografía.

---

<sup>1</sup> Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC. Miembro de NPG Abogados. Asistente de cátedra del Curso Fundamentos del Derecho de la Construcción en el Programa de Especialización de Derecho de la Construcción de la Universidad del Pacífico el 2017. Asistente de cátedra del Curso Temas de Ejecución de Obra en el Diplomado de Derecho de la Construcción de la UPC el 2016-2017. Miembro del Equipo Ganador de la VIII Competencia de Arbitraje Comercial organizada por la Facultad de Derecho de Buenos Aires y la de Jurisprudencia de Rosario de Bogotá el 2015.  
[lgarcia@npg.pe](mailto:lgarcia@npg.pe)

## INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más discutidos en el ámbito jurisprudencial ligado a la contratación pública es sobre la arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa, a propósito de las contradictorias sentencias recaídas en los procesos de anulación de laudo a lo largo de la última década.

En atención a ello, el presente artículo tiene como objetivo resolver esta disyuntiva a partir de los siguientes tres puntos. Primero, analizaremos el concepto de arbitrabilidad, conforme al Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, *lex arbitri*) y la Ley de Contrataciones con el Estado, la Ley N° 30225 (en adelante, **LCE**).

En segundo lugar, desarrollaremos la naturaleza jurídica del enriquecimiento sin causa, radicando en este punto la discusión respecto si se encuentra o no dentro del alcance objetivo del convenio arbitral a partir de su origen contractual o extracontractual.

Finalmente, propondremos nuestra posición sobre la inexorable arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa, en tanto surja en el marco de la ejecución de las obligaciones de un contrato.

### 1. ARBITRABILIDAD

La arbitrabilidad es la condición de una disputa que la hace susceptible de ser sometida a decisión de árbitros, lo cual implica, en otras palabras, que no se trate de aquellas sujetas a jurisdicción exclusiva de los tribunales judiciales. Así, cada legislación define qué materias pueden resolverse por arbitraje.<sup>2</sup>

En el caso peruano, de acuerdo al artículo 2 de la *lex arbitri*, las materias arbitrables son:

*“Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje*

---

<sup>2</sup> Cfr. CAIVANO, Roque (2013) *Arbitrabilidad y Orden Público*. En: Foro Jurídico N° 12, p. 64-65

1.- Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición<sup>3</sup> conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.” [Énfasis agregado]

¿Qué debemos entender por “materias de libre disposición”? “*Aquellas sobre las que las partes están facultadas de ejercer su autonomía de voluntad con la válida creación, extinción, modificación o configuración de relaciones jurídicas.*”<sup>4</sup> En otras palabras, “*relaciones jurídicas contractuales o extracontractuales, con o sin contenido patrimonial.*”<sup>5</sup>

En ese sentido, nuestra legislación adopta un criterio positivo, al establecer una lista abierta de derechos que las partes pueden disponer y controvertir en un proceso arbitral. No obstante, cuando hacemos referencia a la arbitrabilidad en materia de contratación pública no solo basta con verificar la *lex arbitri*, sino, además, por especialidad, la LCE.

Al respecto, el primer párrafo del artículo 45.1 de la LCE señala:

*“Artículo 45.- Medio de solución de controversias de la ejecución contractual.*

45.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se revuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.” [Énfasis agregado]

De la lectura del artículo citado se observa que toda discusión relacionada al *iter contractual* debe resolverse por arbitraje. Sin embargo, si bien esta es la regla general, la misma LCE tiene excepciones como las mencionadas en el tercer párrafo del artículo 45.1.

“La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación

<sup>3</sup> En ese mismo sentido el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 6167-2005-PHC/TC, afirma que el arbitraje “*constituye una necesidad, básicamente, para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo, para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional.*”

<sup>4</sup> LORCA, Antonio y SILGUERO, Joaquín citados por CANTUARIAS, Fernando (2011) *Comentarios al artículo 2 de la Ley de Arbitraje*. En: SOTO, Carlos y BULLARD, Alfredo (Coordinadores). *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, p. 8

<sup>5</sup> CANTUARIAS, Fernando (2011) *op. cit.*, p. 8

**parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo.** [Énfasis agregado]

En este caso, la **LCE**, a diferencia de la *lex arbitri*, adopta un criterio negativo al establecer qué materias no son arbitrables, siendo estas las siguientes:

- (i) Controversias referidas a pretensiones sobre enriquecimiento sin causa o indebido que se deriven u originen en la falta de aprobación (total o parcial) de prestaciones adicionales por parte de la Entidad o la Contraloría.
- (ii) Controversias sobre pretensiones referidas al pago de indemnizaciones que se deriven u originen en la falta de aprobación (total o parcial) de prestaciones adicionales por parte de la Entidad o la Contraloría.
- (iii) Cualquier otra controversia que se derive u origine en la falta de aprobación (total o parcial) de prestaciones adicionales por parte de la Entidad o la Contraloría.

En ese contexto, de la lectura sistemática del primer y tercer párrafo del artículo 45.1 de la **LCE** colegimos que será arbitrable toda controversia que surja entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, en tanto no incluyan las referidas anteriormente en los puntos (i), (ii) y/o (iii).

Así, por ejemplo, será arbitrable la discusión sobre la cuantía de la retribución a pagar al contratista por la prestación adicional aprobada, ya que una cosa es el monto de la retribución y otra es la aprobación en sí del adicional. Así también tenemos el caso del deductivo vinculante<sup>6</sup>, el cual, si bien puede ser consecuencia de la aprobación de un adicional, no está relacionado a su aprobación.

En otras palabras, solo podrá considerarse como materia no arbitrable aquello que esté expresamente prohibido.

---

<sup>6</sup> “De esta manera, el “presupuesto deductivo vinculado” es la valorización económica o costo de las prestaciones de obra que, habiéndose estado consideradas inicialmente en el contrato original, ya no se ejecutarán, al haber sido sustituidas por las prestaciones adicionales de obra a las que se vinculan directamente” (Punto 2.3 de la Opinión del OSCE N° 076-2012/DTN de fecha 17 de mayo de 2012)

En consecuencia, toda pretendida interpretación analógica en el sentido de extender la prohibición de arbitrabilidad y restringir el derecho de las partes de recurrir a la vía arbitral debe ser rechazada. Debido que, las limitaciones de derechos solo pueden establecerse respetando el principio de legalidad. Por lo que, la interpretación de una limitación legalmente impuesta deberá además realizarse en términos necesariamente restrictivos, encontrándose vedada la interpretación analógica, *in malam partem*, de las normas que restringen derechos.<sup>7</sup>

## 2. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

La regulación del enriquecimiento sin causa se encuentra recogida en los artículos 1954 y 1955 del Código Civil, los cuales señalan:

*“Artículo 1954.- Aquel que se enriquece indebidamente a expensa de otro está obligado a indemnizarlo.”*

*“Artículo 1955.- La acción a que se refiere el Artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización<sup>8</sup>”*

A partir de una interpretación sistemática de los artículos 1954 y 1955 del Código Civil identificamos los presupuestos para la configuración del enriquecimiento sin causa:

- (i) Enriquecimiento de un sujeto, el cual puede ser positivo o negativo. En el primero, hay *“un aumento sin causa legítima del activo”*<sup>9</sup> y en el segundo, se configura con *“la no disminución del patrimonio en los casos que debería disminuir”*<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 18 de febrero del 2015 en el Expediente N° 2235-2004-AA-TC.

<sup>8</sup> Se precisa que, la referencia al término “indemnización” referido en el artículo 1954 es erróneo, debido que el enriquecimiento sin causa pertenece a la categoría de los remedios restitutorios, ya que no se toma en cuenta la existencia del daño, sino el restablecimiento de situaciones patológicas a su estado original. Incluso, si algunas de las partes dentro de un proceso invocan el enriquecimiento sin causa, pero realizan un examen de responsabilidad, el juez entenderá (en aplicación del principio *iura novit curia*) que la finalidad de la pretensión invocada no es el resarcimiento sino la restitución, por lo que el *nomen iuris* utilizado por el demandante deberá entenderse que lo es a título de restitución. (Sentencia de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia recaída en la Casación N° 2019-2011-Amazonas)

<sup>9</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis (2004) *Curso de Obligaciones*, Tomo 3. Buenos Aires: Zavalía, p. 311

<sup>10</sup> Ídem.

- (ii) Empobrecimiento de un sujeto.
- (iii) El enriquecimiento sin causa e injustificado. Esto quiere decir que, si bien en los hechos se evidencia una transferencia patrimonial, esta no cuenta con el *títulus retinendi* que justifique el aumento patrimonial obtenido.<sup>11</sup>
- (iv) El carácter residual, implica que a pesar de constituir un principio general del Derecho la acción está supeditada al ejercicio previo de otras acciones igualmente satisfactorias.

Ahora bien, respecto a la naturaleza jurídica del enriquecimiento sin causa, la doctrina se encuentra dividida en dos grupos: una que reconoce su naturaleza dual (contractual y extracontractual) y otra que solo admite su naturaleza extracontractual.

La primera afirma que el enriquecimiento sin causa es una institución que se funda en el principio de equidad, el cual irradia a todas las relaciones jurídicas, tanto las contractuales como las extracontractuales.

Esta posición es respaldada por CAMPOS al afirmar que “*no cabe duda que el enriquecimiento sin causa se funda en un principio de equidad que informa el derecho en general (independientemente de si llegue a obtener o no el estatus de principio general del derecho) y, en tanto, ello no puede decirse que esté limitado a una fuente específica de obligaciones.*”<sup>12</sup>

Del mismo modo, la Segunda Sala Civil Subespecializada en lo Comercial de Lima ha señalado en el Expediente N° 0118-2013-0-1817-SP-CO-02 que, si el “*enriquecimiento sin causa se sustenta en el principio de equidad que informa el Derecho en general, se puede afirmar que dicha figura puede generarse tanto dentro como fuera del contrato (...)*”

Por otro lado, tenemos la postura que esgrime que el enriquecimiento sin causa tiene como única fuente las relaciones extracontractuales, pues nace del deber genérico de no dañar, por lo que sería una fuente autónoma de obligaciones.

---

<sup>11</sup> BETTI, Emilio (1969) *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo II. Madrid: Revista de Derecho Privado, p. 57

<sup>12</sup> CAMPOS, Alexander (2006) *La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa: a propósito de los contratos administrativos*. En: Revista Peruana de Arbitraje N° 3, pp. 312-313.

Así, PERALTA y PERALTA<sup>13</sup> sostienen que “*la doctrina general conceptúa el enriquecimiento sin causa o injusto, como una fuente autónoma de las obligaciones, además de los contratos y de los delitos, que consiste en un enriquecimiento injusto cuando una persona recibe algo del patrimonio de otra sin causa jurídica.*”

Al respecto, somos de la opinión que la naturaleza del enriquecimiento sin causa es dual, es decir, habrá situaciones en las cuales tendrá un origen contractual y otras, extracontractual.

Asimismo, somos de la opinión que, además del principio de equidad como fundamento del origen contractual del enriquecimiento sin causa, otra fuente normativa que avala su naturaleza contractual se desprende del principio de buena fe.

La buena fe exige el cumplimiento de una serie de obligaciones implícitas que tienen como finalidad, no solo el cumplimiento de la prestación debida (principal y tipificante), sino también la protección de la esfera jurídica de la contraparte, evitando así cualquier conducta que pudiese provocar un detrimento de la misma.

Del mismo modo, JORDANO<sup>14</sup> asevera que “*junto a los deberes de prestación (Leinshtungspflichten) aparecen los deberes de protección (Schutzpflichten). Los primeros tienden a la realización del interés primario del acreedor. Los segundos, fundamentalmente derivados de la idea de buena fe, se dirigen a preservar a cada una de las partes del daño que pueda derivar del cumplimiento de la obligación.*”

La fuente normativa de estas obligaciones implícitas o deberes de protección es el artículo 1362 del Código Civil, el cual señala:

*“Artículo 1362.- **Los contratos deben** negociarse, celebrarse y **ejecutarse según las reglas de la buena fe** y común intención de las partes” [Énfasis agregado]*

En ese contexto, la buena fe es el parámetro de conducta a través del cual las partes deben conducirse en la ejecución de sus obligaciones, así como en la búsqueda de la satisfacción del interés mutuo.

Por consiguiente, enriquecerse indebidamente, en perjuicio de la otra parte en el marco de la ejecución de un contrato constituye una violación a los deberes de protección.

---

<sup>13</sup> PERALTA, Javier y PERALTA, Nilda (2005) *Fuente de las Obligaciones en el Código Civil*. Lima: Idemsa, p. 737.

<sup>14</sup> JORDANO, Francisco (1987) *Responsabilidad Contractual*. Madrid: Civitas, pp. 141-142

De esta forma, resultaría ilógico sostener que la prohibición del enriquecimiento sin causa no constituye una obligación contractual pues este razonamiento nos llevaría al absurdo de afirmar que es necesario regular, expresamente, la prohibición de no lesionar a la contraparte en el marco del cumplimiento de obligaciones.

En consecuencia, si el enriquecimiento sin causa genera el detrimento patrimonial de una de las partes en el marco de un contrato, quien se enriquece indebidamente tiene la obligación de restituir el detrimento patrimonial al estado anterior al empobrecimiento injusto de la otra parte.

### **3. ARBITRABILIDAD DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA**

La discusión sobre la arbitrabilidad o no del enriquecimiento sin causa está vinculada a la controversia sobre su naturaleza jurídica. Así, los que sostienen que el enriquecimiento sin causa es una fuente autónoma de obligaciones, entienden que un convenio arbitral no contiene, *per se*, dicha pretensión.

En cambio, aquellos que reconocemos su naturaleza dual, afirmamos que, si el enriquecimiento sin causa surge de la ejecución de las obligaciones contractuales es una pretensión implícita del contrato y, por ende, del convenio arbitral.

Ante la ausencia de respuesta pacífica por parte de la doctrina civil, la doctrina arbitral ya nos ha brindado la solución ante esta aparente disyuntiva irreconciliable.

En primer lugar, el principio *indubio pro arbitri* dispone que, en caso de duda, se debe asumir la postura más favorable al arbitraje, es decir, si se está ante el dilema de la arbitrabilidad de una materia, se preferirá la opción afirmativa.

Por lo tanto, si las partes quisieran que una materia no sea sometida a arbitraje no se puede colegir su voluntad negativa en forma implícita, sino deberá manifestarse de manera explícita. Es decir, las partes tendrán que estipular su catálogo de materias ajenas al alcance objetivo del convenio arbitral.

Al respecto, CASTILLO y SABROSO<sup>15</sup> sostienen que “*correspondería analizar las cláusulas arbitrales que las partes incorporan en el contrato, a efectos de determinar si ellas excluyen al*

---

<sup>15</sup> CASTILLO, Mario y SABROSO, Rita (2009) *El arbitraje en la contratación pública*. Lima: Palestra, p. 76



*enriquecimiento sin causa como materia arbitrable. Sólo en ese supuesto podemos afirmar que- para el caso en concreto- una pretensión de enriquecimiento sin causa no podría ser conocida por el Tribunal (...)*”

En segundo lugar, la posición de la doctrina y de la jurisprudencia arbitral tiene una visión amplia respecto del alcance objetivo del convenio arbitral, justamente a raíz de la optimización del principio *indubio pro arbitri*.

Así, respecto de la lectura amplia de las cláusulas arbitrales, BORN<sup>16</sup>, afirma que, *“las fórmulas “todo conflicto” o “cualquier conflicto” dentro de un convenio arbitral deben ser interpretadas en forma amplia, permitiendo someter a arbitraje todas las controversias que tengan una posible relación fáctica o jurídica con el acuerdo celebrado por las partes”*<sup>17</sup> [Traducción libre]

Asimismo, en el caso *Multiservicios Crath v. Electroperú*, el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje de la PUCP, el 14 de septiembre de 2015, reafirmó que: *“ las controversias sobre enriquecimiento sin causa surgidas luego de la celebración de un contrato y como consecuencia de la ejecución del mismo, resultan ser materia arbitrable; es decir, no es cierta la afirmación expuesta por la Entidad en el sentido que la figura de enriquecimiento sin causa no es materia arbitrable, pues la misma será arbitrable en aquellos supuestos en los que las controversias se originan luego de celebrado del contrato entre las partes y el enriquecimiento sin causa surja como consecuencia de la ejecución de aquel.”*

En otras palabras, no interesa la naturaleza jurídica del enriquecimiento sin causa, ya sea esta contractual o extracontractual. Lo realmente relevante es determinar si tiene una posible relación fáctica o jurídica con el contrato.

Finalmente, la visión restringida respecto su arbitrabilidad nos llevaría al absurdo de interpretar que la voluntad de las partes es acudir en algunos casos al arbitraje y en otros al Poder Judicial cuando ambas materias en cuestión se encuentran estrechamente relacionadas, olvidando que la

---

<sup>16</sup> BORN, Gary (2014) *International Commercial Arbitration*. Tomo I. The Netherlands: Kluwer Law International, p. 1348

<sup>17</sup> En esa misma línea, LEW, MISTELIS y KROLL indican que *“si bien antiguas decisiones judiciales tenían una interpretación restrictiva sobre los efectos jurisdiccionales de las cláusulas de arbitraje, en el contexto actual prevalece la visión amplia”* [Traducción libre] (LEW, Julian; MISTELIS, Lucas y KROLL, Stefan (2003) *Comparative International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, p. 150).

intención de las partes al pactar una cláusula arbitral es evitar acudir al Poder Judicial.<sup>18</sup>

## CONCLUSIONES

El criterio de arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa está definido por la ley; en el caso de la contratación pública, la **LCE**.

Son dos posturas las que explican la naturaleza del enriquecimiento sin causa. La primera, respalda su naturaleza dual (contractual y extracontractual) pues se deriva del principio de equidad que irradia a todas las relaciones jurídicas. La segunda, afirma que su origen es extracontractual, pues es una fuente de obligaciones autónoma.

La solución al dilema respecto a la arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa la encontramos en la doctrina arbitral, la cual, a partir del principio *indubio pro arbitri*, postula que, ante caso de duda, tenemos que adoptar la interpretación más favorable al arbitraje. En otras palabras, tenemos que apostar por la arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa.

Asimismo, la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia respecto a la arbitrabilidad, no se centra en la naturaleza jurídica del enriquecimiento sin causa, sino en la relación fáctica o jurídica que tenga con el contrato del que se originó la controversia.

Por lo tanto, en contratación pública, el enriquecimiento sin causa es arbitrable a excepción del supuesto regulado en el tercer párrafo del artículo 45.1, en donde se prohíbe la arbitrabilidad de dicha pretensión si tiene como finalidad la aprobación total o parcial de adicionales por parte de la Entidad o la Contraloría.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

BETTI, Emilio (1969) *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo II.  
Madrid: Revista de Derecho Privado

BORN, Gary (2014) *International Commercial Arbitration*. Tomo I. The  
Netherlands: Kluwer Law International

CAIVANO, Roque (2013) *Arbitrabilidad y Orden Público*. En: Foro  
Jurídico N° 12

---

<sup>18</sup> CAMPOS, Alex (2006) *op cit*, p. 324

- CAMPOS, Alexander (2006) *La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa: a propósito de los contratos administrativos*. En: Revista Peruana de Arbitraje N° 3
- CASTILLO, Mario y SABROSO, Rita (2009) *El arbitraje en la contratación pública*. Lima: Palestra
- JORDANO, Francisco (1987) *Responsabilidad Contractual*. Madrid: Civitas.
- LEW, Julian; MISTELIS, Lucas y KROLL, Stefan (2003) *Comparative International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis (2004) *Curso de Obligaciones*, Tomo 3. Buenos Aires: Zavalía
- PERALTA, Javier y PERALTA, Nilda (2005) *Fuente de las Obligaciones en el Código Civil*. Lima: Idemsa.
- SOTO, Carlos y BULLARD, Alfredo (Coordinadores) (2011) *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje

### **Jurisprudencia**

- Laudo del caso Multiservicios Crath v. Electroperú, el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje de la PUCP del 14 de septiembre de 2015
- Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 18 de febrero del 2015 en el Expediente N° 2235-2004-AA-TC
- Sentencia de la Segunda Sala Civil Subespecializada en lo Comercial de Lima ha señalado en el Expediente N° 0118-2013-0-1817-SP-CO-02