

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LAS CONTRATACIONES
DEL ESTADO**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE

ABOGADO

AUTORA

KAREN VARGAS GARAY

ASESOR

Mgr. PERCY ORLANDO MOGOLLÓN PACHERRE

Chiclayo, 2019

DEDICATORIA

A Dios.

A mi madre, que con mucho amor y sacrificio me llevó hasta aquí, que nunca dejó de creer en mí y sobretodo me demostró que no hay ningún obstáculo para hacer bien las cosas.

A mi padre, no basta esta ni otras vidas para agradecerte por todo. De una y mil formas siempre estuviste para mí, te lo prometí un día y sí que lo cumplí.

A mi amado esposo. Sin ti, este logro no sabría igual. Llegaste a mi vida en el momento ideal y este logro es tan mío como tuyo.

A mis hijos Reynaldo Ismael y Eduardo Fabián. Son el motor de mi vida. El primero de nuestros pasos, cumplidos juntos.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por estar presente en cada paso que doy, porque nada hubiera sido posible sin Él.

A mis queridos padres, Eduardo y Rosemary, por ser mis compañeros en este largo camino, porque me dieron la mejor arma para enfrentarme a la vida y porque a pesar de todo siempre me amaron incondicionalmente.

A mi abuela Magnolia, por su calidez e ilimitado amor, por su protección en los momentos más difíciles y por ser el ejemplo de mujer fuerte en mi vida.

A mi asesor, el Dr. Percy Orlando Mogollón Pacherre por compartir su sabiduría conmigo y ser uno de mis más grandes mentores.

A mi esposo Reynaldo Fabián, por sus constantes ayudas a lo largo de mi carrera, por ser mi amigo y a veces Maestro. Por todo lo que me ha enseñado y el amor que le da a todo lo que hace. Gracias por enseñarme a amar mi carrera.

RESUMEN

En el marco de las Contrataciones del Estado, observamos que muchas veces existen irregularidades no sólo por parte de los privados, sino también de parte del Estado quien muchas veces abusando de su poder, permite que se realicen obras, servicios y prestaciones a su favor cuando existe un contrato que se ha declarado nulo después de haberse ejecutado prestaciones, y por otro lado aquellas situaciones en las que el particular de buena fe ejecuta obras adicionalmente sin que cuente con autorización expresa en el contrato, pero que lo realiza porque existe una aceptación tácita del Estado. Además en un tercer supuesto están aquellas adquisiciones o prestaciones de servicios que se dan sin que exista contrato alguno.

Finalmente, lo que se busca en la presente investigación es incorporar un principio general del Derecho como lo es la figura del Enriquecimiento sin Causa a la Ley de Contrataciones del Estado, con la finalidad de especializarlo a nivel administrativo, así como también cubrir un vacío legal pues la actual Ley de Contrataciones no dice nada al respecto. Por ello será necesario incorporar dicha figura a nuestra Ley además de establecer los supuestos en que se puede aplicar el principio de enriquecimiento sin causa, con el fin de evitar un uso abusivo de esta institución.

Palabras claves: Enriquecimiento sin causa, Contrataciones del Estado, Proveedores, Principios generales del Derecho.

ABSTRACT

Within the framework of State Contracting, we observe that there are often irregularities not only from the private sector, but also from the State, which often abusing its power, allows works, services and benefits to be carried out in its favor when there is a contract that has been declared void after services have been executed, and on the other hand those situations in which the individual in good faith executes additional works without having express authorization in the contract, but who does so because there is a tacit acceptance of the State. Also in a third case are those acquisitions or services that are given without any contract.

Finally, what is sought in the present investigation is to incorporate a general principle of Law such as the figure of Enrichment without Cause to the State Contracting Law, in order to specialize it at the administrative level, as well as cover a legal gap for the current Contracting Law does not say anything about it. For this reason it will be necessary to incorporate this figure into our Law, in addition to establishing the cases in which the principle of enrichment without cause can be applied, in order to avoid an abusive use of this institution.

Keywords: Enrichment Without Cause, State Contracting, Providers, General Principles of Law.

Índice

| | |
|--|-----------|
| DEDICATORIA..... | ii |
| AGRADECIMIENTO..... | iii |
| RESUMEN | iv |
| ABSTRACT | v |
| INTRODUCCIÓN | ix |
| CAPÍTULO 1 | |
| EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA COMO FUENTE DE OBLIGACIONES. | 12 |
| 1.1. Concepto del Enriquecimiento sin causa. | 12 |
| 1.2. Elementos del Enriquecimiento sin causa..... | 18 |
| 1.2.1. El enriquecimiento de una de las partes..... | 18 |
| 1.2.2. El empobrecimiento correlativo de una de las partes | 20 |
| 1.2.3. Relación de Causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento | 21 |
| 1.3. Tratamiento de la figura del enriquecimiento sin causa en el Derecho Comparado..... | 22 |
| 1.3.1. Argentina | 22 |
| 1.3.2. Italia | 23 |
| 1.3.3. España | 24 |
| 1.3.4. Chile | 25 |
| 1.3.5. Perú..... | 26 |
| CAPÍTULO 2 | |
| LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO | 28 |
| 2.1. Principios de las contrataciones del estado | 29 |
| 2.1.1. Principio de Sostenibilidad Ambiental y Social | 29 |
| 2.1.2. Principio de Integridad | 30 |
| 2.1.3. Principio de Libre Concurrencia..... | 31 |
| 2.1.4. Principio de Vigencia Tecnológica | 32 |

| | | |
|---|--|----|
| 2.1.5. | Principio de Competencia | 32 |
| 2.1.6. | Principio de Eficacia y Eficiencia | 33 |
| 2.1.7. | Principio de Publicidad | 34 |
| 2.1.8. | Principio de Transparencia | 36 |
| 2.1.9. | Principio de Igualdad de Trato | 36 |
| 2.1.10. | Principio de Equidad..... | 38 |
| 2.2. | Modalidades de Contratación..... | 39 |
| 2.2.1. | La Licitación Pública y la Contratación Pública | 40 |
| 2.2.2. | La Adjudicación Simplificada | 43 |
| 2.2.3. | La Selección de Consultores Individuales | 43 |
| 2.2.4. | La Comparación de Precios | 44 |
| 2.2.5. | Subasta Inversa Electrónica | 45 |
| 2.2.6. | La Contratación Directa | 45 |
| CAPÍTULO 3 | | EL |
| ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU CONFIGURACIÓN EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO | | 48 |
| 3.1. | El enriquecimiento sin causa en relación al Derecho Administrativo. . | 48 |
| 3.2. | El enriquecimiento sin causa en las Contrataciones del Estado. | 56 |
| 3.2.1. | Enriquecimiento sin causa proveniente de la nulidad del contrato cuyas prestaciones se han ejecutado total o parcialmente..... | 56 |
| 3.2.2. | Enriquecimiento sin causa como consecuencia de la ejecución de prestaciones adicionales sin que se cuente con la autorización previa que corresponda de acuerdo a cada caso..... | 64 |
| 3.2.3. | Enriquecimiento sin causa ocasionado por la adquisición de bienes o servicios sin la suscripción del contrato respectivo..... | 73 |
| 3.3. | Propuesta de incorporación de la “Figura del Enriquecimiento sin Causa” en la Nueva Ley de Contrataciones del Estado N° 30225. | 76 |
| 3.3.1. | Parte Sustantiva | 77 |
| 3.3.2. | Parte Procesal | 82 |

| | |
|-----------------------|----|
| CONCLUSIONES..... | 87 |
| RECOMENDACIONES | 90 |
| BIBLIOGRAFÍA | 92 |

INTRODUCCIÓN

Vivimos en una sociedad integrada, cuya razón de ser se basa en la socialización que, a su vez, es causa de que todas las relaciones existentes entre las personas se originen por un motivo, sea intereses económicos, sociales, afectivos, entre otros. Esta sociedad conformada por personas y el Estado ha generado en muchos casos un binomio del cual se desprenden contratos públicos de gran trascendencia en nuestro país. Dichos contratos permiten que el Estado – en todas sus expresiones- pueda obtener todo tipo de bienes y servicios, así como también la ejecución de obras públicas cuyo interés se basa en un interés público por lo que será necesario que en cada contrato que éste realice utilice sus recursos eficientemente para así poder beneficiar a toda la población.

Entonces, tenemos a la otra parte contratante, que en este caso son los particulares, los mismos que surgen como colaboradores del Estado y que, de alguna manera, contribuyen con el mantenimiento de la economía del país. Sin embargo, se debe resaltar que en este tipo de contratos se utilizan recursos públicos por lo que es necesario contar con procesos de selección, cuyo objetivo es seleccionar la mejor oferta en beneficio del interés público. Dicho procedimiento se encuentra regulado por nuestra Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, según los cuales establecen diversos dispositivos legales con la finalidad de establecer las reglas de juego de la contratación pública.

Como resultado del proceso de selección, la entidad otorga la buena pro a un proveedor del Estado, con quien corresponderá formalizar una relación

contractual, ya sea a través de la suscripción de un contrato o de la recepción de una orden de compra o de servicio, no siendo posible esta última alternativa para los casos de obras. La formalización de la relación contractual o perfeccionamiento del contrato genera un conjunto de obligaciones para las partes, las mismas que deben ser cumplidas con la finalidad de conservar el equilibrio económico del contrato.

Pese a ello, han existido situaciones en las que las entidades del Estado y los particulares no cumplen con todas las formalidades establecidos legalmente para el procedimiento de contratación. Dicha situación no ha sido presentada una sola vez, por el contrario, mirando a nuestra realidad, se ha dado muchas veces, y esto sólo genera una disminución en el patrimonio del particular con el respectivo enriquecimiento de la entidad pública, siendo interés del privado que se le reconozca y, en efecto, restituya. Para ello es que surge la institución del enriquecimiento sin causa.

Dicho así, en la presente investigación vamos a establecer supuestos donde sería viable la aplicación del enriquecimiento sin causa en el régimen de la contratación pública. Para ello, hemos estructurado el presente trabajo con la finalidad que el lector pueda comprender la utilidad práctica de esta figura jurídica en un sector tan importante para la economía de nuestro país, como es la contratación pública.

En este sentido, lo primero a estudiar será la institución jurídica del enriquecimiento sin causa cuyo análisis se encuentra en el primer capítulo de la presente investigación. Esto con la intención de conocer sus orígenes en nuestra normativa, ver de qué manera ha sido regulado en nuestro ordenamiento jurídico. También se establece en este primer capítulo los elementos necesarios para reconocer el enriquecimiento sin causa, sin los cuales no podríamos hablar de su configuración y para terminar esta sección, se realiza un estudio de dicha figura en el Derecho Comparado.

En el segundo capítulo, se analizan los distintos principios que regulan las Contrataciones del Estado con la finalidad de conocer las directrices que siguen este tipo de contrataciones, lo cual nos permitirá orientar a las partes contratantes a una correcta actuación. Además, tras el estudio de estos

principios podremos determinar la existencia de un vacío legal el cual será estudiado en el siguiente capítulo.

A su vez, en este apartado conoceremos los diversos tipos de contratos que establece la Ley de Contrataciones del Estado.

Finalmente, en el tercer capítulo se analiza la figura del enriquecimiento sin causa en relación al Derecho Administrativo, además, se establecen criterios que dan cabida a la aplicación del enriquecimiento sin causa dentro de las Contrataciones del Estado. Esto con la finalidad de permitir al contratista la restitución de los enriquecimientos producidos en relación a un contrato público. Y por último se realiza una propuesta de incorporación de la institución del Enriquecimiento sin Causa en la Ley de Contrataciones del Estado para evitar a futuro una aplicación supletoria de este principio. Por ello se plantea esta institución en sede administrativa para otorgarle la especialización debida y cubrir un vacío legal.

LA AUTORA

CAPÍTULO 1

EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

En el presente capítulo se definirá la figura del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones, pues aun cuando no se encuentre regulado expresamente en nuestra legislación, es necesario tener claro su concepto, fundamento y los elementos que lo constituyen, para así poder identificar en la realidad situaciones en las que se presente este enriquecimiento. Así mismo, constituye una pieza fundamental conocer cómo está siendo tratada en el derecho extranjero para así tener una idea de cómo plantearlo en nuestro contexto peruano.

1.1. Concepto del Enriquecimiento sin causa

Desde siempre, y con esto nos referimos a la época del auge del comercio, siempre se ha visto que al momento de pactar o celebrar un contrato, una de las partes generalmente ha buscado ganar más con respecto de la otra. Dicha figura, hasta el día de hoy puede apreciarse en los diversos contratos celebrados, ya sea por privados, por privados y públicos, etc., es así que aun cuando dichos contratos sean elaborados de manera muy cautelosa, muchas veces es difícil que cada parte sujeta al contrato logre obtener equivalentemente, ventaja de las prestaciones a celebrar.

Respecto a esto, el artículo 1954 del Código Civil Peruano¹, nos define – a grosso modo- al enriquecimiento sin causa como aquella situación en la que

¹ Código Civil, 1ra. Edición, Lima, Jurista Editores, 2012.

hay un sujeto que se enriquece indebidamente a expensas de otro, quedando el primero obligado a indemnizar al segundo.

Delia Revoredo indica que la mencionada norma legal, “equivale al artículo 1149 del Código Civil de 1936, del cual difiere únicamente en que confiere al desposeído un derecho indemnizatorio, mientras que el Código anterior le concedía un derecho restitutorio²

Con esto, sería muy complicado entender todo lo que implica dicha figura por lo que la doctrina ha preferido desarrollarla, teniendo siempre claro que en su evolución ha sido tratada de distintas maneras, no obstante, se ha pretendido encontrar en los principios de la moral, la equidad, la justicia y la eficiencia, una forma de sancionarla ya que, visto desde este punto no es aceptable el empobrecimiento y/o de una persona a causa de la “viveza” de otra que sólo busca enriquecer su patrimonio de manera injusta.

Dicho de esta forma, la relación de la figura de enriquecimiento sin causa con el principio de equidad es evidente. Se ha dicho a su respecto, que “el enriquecimiento sin causa, considerado por muchos tratadistas como fuente autónoma de obligaciones, descansa sobre un innegable postulado de equidad, según el cual nadie puede enriquecerse sin derecho en perjuicio de otro”³

En base a esta relación, mucho se ha creído que se trata de una figura de fácil explicación, agregado a la simplicidad de su postulado. Sin embargo Alexander Campos⁴ hace una clasificación de teorías con la finalidad de acercarse al enriquecimiento sin causa de una manera más profunda:

- i) Aquellas que asimilan el enriquecimiento sin causa a alguna otra “fuente de las obligaciones”, llamada también teoría de los cuasicontratos, porque normalmente se produce por un acto voluntario, lícito y no convencional, llegando incluso a

² Cfr. REVOREDO DE DEBAKEY, Delia: Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Okura Editores, Tomo VI, Lima, 1985, p. 775.

³ Cfr. SUESCÚN MELO, Jorge, “Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo”, 2ª edic., Legis, Bogotá, 2003, T. I, p. 13.

⁴ Cfr. CAMPOS MEDIDA, Alexander, “La arbitralidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos”. En: Revista Peruana de Arbitraje, N° 3, Lima, 2006, p.22.

equipararla con la gestión de negocios con la sola diferencia de que quien sufre el empobrecimiento no tenía la intención de administrar un negocio.

- ii) Aquellas que postulan que el enriquecimiento sin causa es una “fuente de obligaciones propia e independiente”, está referida a que el enriquecimiento sin causa es efectivamente una fuente de obligaciones pero que no puede ser asimilada a ninguna otra, por lo que adquiere identidad propia. Sin embargo, esta teoría no tiene mucho valor pues, sostener que el enriquecimiento sin causa es fuente autónoma de obligaciones no significa mucho; y,
- iii) Aquellas que señalan que el enriquecimiento sin causa es en realidad un principio que informa el ordenamiento jurídico en general, esta corriente tiene su origen en Francia por la Corte de Casación que señalaba que en base a un principio de equidad se prohíbe enriquecerse a expensas y detrimento de otro. Existe también, en esta teoría, el debate relacionado a definir si el enriquecimiento sin causa puede ser elevado a principio general del derecho.

Vemos pues, que ni aun mostrando las diversas teorías que han surgido en torno a la figura del enriquecimiento sin causa, el panorama queda del todo claro. Sin embargo, viendo la realidad de este instituto y la relación que tiene con el principio de equidad ha de puntualizarse que el enriquecimiento sin causa tiene origen contractual y que incluso las materias que previamente se discuten para establecer el fundamento del contratista son de naturaleza contractual.

Así, Von Tuhr⁵ señala que el enriquecimiento sin causa es otra fuente de obligaciones, como lo son el contrato y los delitos. Agrega que esta fuente de obligaciones otorga al empobrecido «la acción y el derecho a reclamar la restitución del enriquecimiento [...]»

⁵ VON TUHR, Andreas. Tratado de las obligaciones. Traducido del alemán y concordado por W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934, tomo I, p. 299.

Por su parte, Marcelo López, citando a José Lete, nos dice que el enriquecimiento sin causa es un aumento patrimonial que el derecho, por alguna razón no convalida⁶; dicha ineficacia del enriquecimiento a los ojos del derecho no es otra cosa que una sanción al acto que lo produjo, lo que constituye una aplicación de la teoría de la causa, pues lo que se cuestiona es la causa de esa atribución patrimonial más que ella en sí misma.

Sobre el particular y en relación al aspecto contractual, Abeliuk señala que “El contrato supone siempre un desplazamiento de valores apreciables en dinero de un patrimonio a otro.” Por consiguiente, es más bien muy raro en la práctica, aún en el más conmutativo de los contratos que resulte una equivalencia absoluta en las prestaciones, sino por el contrario, cada parte busca una ganancia o utilidad. Ahora bien, es evidente también, que los actos gratuitos siempre significan un enriquecimiento por adquisición o economía de su beneficiario.⁷

El enriquecimiento injusto, enriquecimiento ilegítimo, enriquecimiento indebido o enriquecimiento sin causa es equiparado al pago indebido teniendo como basamento que aquel concepto implica la inexistencia de fuente a la cual podría atribuirse el crecimiento patrimonial, por lo que tal aumento deviene en indebido.⁸

Por otro lado, existen autores como Ojeda⁹, que trata al enriquecimiento sin causa de igual forma que el enriquecimiento indebido, definiéndolo como aquel hecho lícito de carácter civil que implica la transferencia de valores sin causa legítima de un patrimonio a otro y que genera una relación jurídica

⁶ Cfr. LETE DEL RÍO, José M., “Derecho de Obligaciones”, cit. vol. II, p. 173.

⁷ Cfr. ABELIUK MANASEVICH, René. Teoría del enriquecimiento sin causa. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 191. [Ubicado el 10.V 2015] Obtenido en: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2010c/748/LA%20TEORIA%20DEL%20ENRIQUECIMIENTO%20INJUSTIFICADO%20O%20SIN%20CAUSA%20COMO%20FUENTE%20DE%20LAS%20OBLIGACIONES.html>

⁸ Cfr. ECHAIZ MORENO, Daniel. El desplazamiento patrimonial indebido (nueva caracterización jurídica del pago indebido) [ubicado el 25.V 2015]. Obtenido en: http://www.legalinfo-panama.com/articulos/articulos_34b.html

⁹ Cfr. OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la C. Derecho de Obligaciones. En: Selección de Guías de Estudio: Derecho. Cuba: Editorial Universitaria, 2011, p.5., [Ubicado el 04.VI 2015], Obtenido en: <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecapucpsp/Doc?id=10472866&ppg=5>

obligatoria de restitución a favor de quien transmitió dicho valor patrimonial sin estar obligado jurídicamente a ello.

Pese a que algunos autores equiparan dichas figuras, Cabanellas, sin embargo, les da un tratamiento distinto y los define de manera distinta.

Según Cabanellas¹⁰, el enriquecimiento injusto es el que se logra ilícitamente o mediante el abuso de circunstancias personales o de otra especie en tratos o convenios; asimismo, señala que, aunque agravado por el proceder, su encuadramiento coincide, en los aspectos de ineficacia, con los del enriquecimiento sin causa; pero con posible adición de indemnizaciones por lo doloso, y hasta de penas por lo delictivo.

Siguiendo con la diferenciación de Cabanellas, el enriquecimiento sin causa por su parte, es el aumento del patrimonio de un sujeto con empobrecimiento del patrimonio de otro y sin amparo de las normas legales ni en los convenios ni actos privados. Asimismo, señala que la doctrina jurídica incurre comúnmente en un descuido técnico que consiste en considerar injusto todo enriquecimiento sin causa; pero que dicha afirmación peca cuando menos de apresurada; y que si todo enriquecimiento sin causa adolece de inequitativo en lo económico, puede no suceder lo mismo en el campo jurídico; por ejemplo, cuando no solamente hay error en quien paga sin ser deudor, sino confusión en el acreedor que, por apariencias u otras circunstancias, creyó que se satisfacía su crédito.

Entonces, dicho autor considera que el enriquecimiento sin causa es la parte general dentro del cual se encuentra como especie la figura del enriquecimiento injusto, figura que en algún momento fue conocida como enriquecimiento torticero, a lo que Díez – Picazo confirma diciendo que torticero es lo que resulta de un tuerto o entuerto y que tuerto es precisamente el hecho antijurídico causante de un daño que se debe indemnizar¹¹.

¹⁰ Cfr. CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo III. Edición 26, Heliasta, Buenos Aires, 1998, p. 469.

¹¹ Cfr. DIEZ – PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa, Civitas, Madrid, 1988, p.19

Son casos característicos de enriquecimiento sin causa el cobro de lo indebido, la gestión de negocios ajenos, el trabajo no pagado por quien lo recibe, las valoraciones patrimoniales por obra ajena o fortuita, hallazgos, entre otros. Además de aquellos en los que se vea afectado el patrimonio ajeno.

Dentro de todas las definiciones que encontramos, la de Oramas es una de las más claras pues define al enriquecimiento sin causa como aquella transformación realizada en el patrimonio de una persona; es decir, el enriquecimiento, no esté sustentado en causa o razón permitida por la ley, habiendo ocurrido además a costa y a perjuicio de otra persona, lo que origina el enriquecimiento sin causa, que a su vez genera obligaciones con la finalidad de evitar el enriquecimiento de una persona sin la justificación jurídica para su incremento patrimonial ¹².

Es importante para el desarrollo de la presente investigación que se dejen claras las figuras de enriquecimiento injusto, indebido o injustificado. La primera figura está referida a aquella que ha sido ocasionada a través de un acto injusto, en el que se ha quebrado la fórmula de la justicia *“dar a cada quien lo suyo”*¹³.

Por la figura del enriquecimiento indebido entendemos que es aquel que se ha producido como consecuencia del incumplimiento de normas legales vigentes, esto es; en contra del Derecho.

Finalmente, el enriquecimiento injustificado¹⁴ en los países tales como Francia, España y Argentina, está consagrado como un principio general del Derecho, según el cual nadie puede enriquecerse a expensas del patrimonio de otro, sin ningún motivo que lo ampare.

¹² ORAMAS GROSS, Alfonso. El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones. Edino, Bogotá, 1988, p.51.

¹³ CASTILLO FREYRE, Mario y MOLINA AGUÍ, Giannina, “Tienes más, tengo menos. Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del enriquecimiento sin causa”. En: Jus Doctrina & Práctica, N° 2, Lima, 2009, p. 197.

¹⁴ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José A.: *Curso de derecho de obligaciones*. Editorial Civitas, Volumen I, 1era edición, Madrid, 2000, páginas 228 y 229; Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Editorial Emilio Perrot, Tomo II, 7ma edición, Buenos Aires, 1994, página 515.

Entonces, teniendo claro que hablar de enriquecimiento injusto, indebido e injustificado es hablar de cosas distintas, en el presente trabajo el punto que será desarrollado será el de enriquecimiento sin causa, el mismo que ha sido regulado en nuestro Código Civil.

1.2. Elementos del Enriquecimiento sin causa

Para que se configure el enriquecimiento sin causa, es necesario primordialmente la existencia de dos partes y que el incremento patrimonial de uno de ellos se produzca como consecuencia del empobrecimiento patrimonial del otro sin mediar causa que lo justifique.

Para que proceda dicha acción, será necesario que una persona haya sufrido un empobrecimiento en su patrimonio, la otra un enriquecimiento y que éste sea consecuencia del primero, esto es, que uno provoque al otro.¹⁵

1.2.1. El enriquecimiento de una de las partes

El concepto de “enriquecimiento” que se emplea a los efectos de la aplicación de esta teoría es amplio: por enriquecimiento debe entenderse toda ventaja, utilidad o provecho, que una persona haya recibido.¹⁶

En cuanto al enriquecimiento, Peralta Andía y Peralta Zecenarro señalan que este se debe entender como cualquier beneficio patrimonial, que puede darse a consecuencia de una adquisición de bienes, en el aumento del valor de los bienes preexistentes o en la extinción de una deuda o en el ahorro de un gasto¹⁷.

La situación jurídica del enriquecido puede tratarse de la adquisición de un derecho, la obtención de la posesión (*condictio possessionis*), el ahorro de un gasto. Este enriquecimiento debe ser actual, es decir, “no debe

¹⁵ ABELIUK MANASEVICH, René. Teoría del enriquecimiento sin causa. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 196. [Ubicado el 10.V 2015] Obtenido en: <https://es.scribd.com/doc/212156427/Enriquecimiento-Sin-Causa-Abeliuk>

¹⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, vol. 1º, cit, p. 100.

¹⁷ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando y PERALTA ZECENARRO, Nilda. Fuente de las Obligaciones en el Código Civil, Idemsa, Lima, 2005, p.740

computarse el enriquecimiento a la fecha en que se hizo el gasto, sino al momento de iniciarse la demanda”¹⁸

Al respecto, José Lete del Río, refiriéndose al enriquecimiento y al empobrecimiento (como segundo elemento) que «el aumento del valor del patrimonio del demandado puede deberse a un incremento del activo (al ser consecuencia de la adquisición de una cosa o de un derecho real o de crédito) o a una disminución del pasivo (por ejemplo: extinción de una deuda, liberación de una carga o gravamen, etc.)». ¹⁹

Se ha dicho también que “la noción de enriquecimiento puede identificarse con cualquier acto o hecho que genera un incremento patrimonial para el enriquecido o, lo que es lo mismo, un aumento del valor de su patrimonio. Es indiferente que dicho incremento tenga lugar por la adquisición de la propiedad de una cosa (o simplemente la posesión de una cosa fructífera), la desaparición o disminución de una deuda, la adquisición o generación de un derecho de crédito, etc. La amplitud de la noción de enriquecimiento, en muchas ocasiones, la pone de manifiesto la jurisprudencia recurriendo a los giros latinos de *lucrum emergens* y de *damnum cessans*, por evidente simetría de las nociones ya conocidas y frecuentemente utilizadas en relación con la indemnización de daños y perjuicios”²⁰

Según lo expuesto anteriormente, el enriquecimiento estará siempre en función a lo económico o patrimonial, pues si pretendemos llevarlo a la esfera de lo moral, esto nos llevaría muy lejos de lo que se pretende con el enriquecimiento sin causa, pues con dicha figura lo que se pretende es restablecer el orden económico patrimonial del actor.

¹⁸ BORDA, Guillermo A.: Obra citada, página 519. Por su parte, Delia Revoredo dice que una de las características del enriquecimiento es que exista al momento de la demanda, “es decir, no debe haber sido eliminado antes” (obra citada, página 776). [Ubicado el 29.V. 2015] Obtenido en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista011/enriquecimiento%20injustificado.htm#_ftn6

¹⁹ Cfr. LETE DEL RÍO, José Manuel. Derecho de obligaciones. Madrid: Editorial Tecnos, 1998. 3.ª Ed., vol. II, p. 174.

²⁰ Cfr. LASARTE, Carlos, “Principios de Derecho Civil”, Tomo 2º, “Derecho de Obligaciones”, 4ª edic., Edit. Trivium, Madrid, 1996, p. 321.

1.2.2. El empobrecimiento correlativo de una de las partes

En relación al segundo elemento llamado *empobrecimiento*, Peralta Andía y Peralta Zecenarro manifiestan que consiste en toda disminución en el patrimonio del accionante o la existencia de una desventaja económica, que puede ser por la pérdida efectiva de bienes o por la pérdida de trabajo, o la pérdida de tiempo²¹.

Respecto a lo mencionado en el párrafo anterior, considero que mas bien el empobrecimiento tanto como el enriquecimiento –siguiendo la postura de Lasarte- está en función de lo pecuniario, pues a efectos de probar la existencia del mismo será necesario pruebas objetivas que lo sustenten.

Castillo Freyre citando a Llambías, señala que el empobrecimiento, como segundo requisito de la acción por enriquecimiento sin causa, consiste en el menoscabo de orden patrimonial que el actor padece, sea por un daño emergente o por un lucro cesante.²²

La doctrina no es del todo pacífica cuando se refiere al empobrecimiento como un elemento necesario para la procedencia de la acción por enriquecimiento sin causa, pues a decir de unos, la persona que no se ha empobrecido no tiene interés porque nada ha perdido, por lo que para ese sector de la doctrina es necesario que «a un enriquecimiento, le corresponda cualitativamente y no cuantitativamente, un empobrecimiento de otro patrimonio»²³

En este punto, discrepo pues considero que para que se cumpla la acción de enriquecimiento sin causa, debe haber total correspondencia entre estos dos elementos, el de enriquecimiento y el empobrecimiento.

Así lo confirma Díez Picazo cuando refiere que “el empobrecimiento es una pérdida pecuniariamente apreciable. Puede consistir en la salida de

²¹ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando y PERALTA ZECENARRO, Nilda. Fuente de las Obligaciones en el Código Civil, Idemsa, Lima, 2005, pp. 740-74

²² Cfr. CASTILLO FREYRE, Mario y MOLINA AGUÍ, Giannina, “Tienes más, tengo menos. Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del enriquecimiento sin causa”. En: Jus Doctrina & Práctica, Nº 2, Lima, 2009, p. 197.

²³ Ibid, p. 19.

un valor del patrimonio del demandante. Por ejemplo: cosas entregadas o suministradas, cuyo precio no se ha recibido. Puede consistir igualmente en la prestación de un servicio o en la realización de un trabajo, por el cual no se ha recibido retribución. Puede consistir también en la no obtención de un lucro que le hubiera correspondido, según el sistema de atribución establecido por el ordenamiento jurídico (p.ej. ocupación indebida del uso de una cosa ajena)”²⁴

1.2.3. Relación de Causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento

Finalmente para determinar la existencia del enriquecimiento sin causa, será necesario que entre los primeros dos elementos mencionados anteriormente, exista una relación causa, esto es que exista la conexión suficiente entre el empobrecimiento y el enriquecimiento de tal forma que el beneficio que uno experimenta ha de ser consecuencia del perjuicio que el otro sufre. En pocas palabras, el primero es efecto del segundo.²⁵

Cuando se habla de causa, Peralta Andía y Peralta Zecenarro se refieren que es indispensable el lazo causal para que se configure el enriquecimiento sin causa, y se requiere que ambos sucesos sean correlativos. Con respecto a la falta de causa lícita los referidos autores señalan que cuando se habla de causa, se alude al título, al acto o al hecho jurídico que justifique la adquisición de un valor patrimonial, constituyendo títulos, por ejemplo, un contrato, la gestión de negocios, los hechos lícitos, etc. ²⁶

²⁴ DIEZ PICAZO, Op. Cit., p. 102.

²⁵ LOPEZ MESA, Marcelo. *El enriquecimiento sin causa en el Derecho Actual. Las posibilidades y los límites de un instituto controversial*. En revista: “Ley, Razón y Justicia”, Año 3, N° 5, 2009, Córdoba – Argentina, p. 380.

²⁶ PERALTA ANDÍA, Javier y PERALTA ZECENARRO, Nilda, Op. Cit. P. 741

1.3. Tratamiento de la figura del enriquecimiento sin causa en el Derecho Comparado

1.3.1. Argentina

En la doctrina argentina a diario se habla del enriquecimiento sin causa. Pero, en palabras de Marcelo López generalmente, se menciona el punto para marcar el límite de la reparación aceptable en materia de responsabilidad civil: existen cientos de fallos que indican que el daño causado y probado es el tope de la reparación y que, allende ese límite, la pretensión -de concederse- implicaría un enriquecimiento incausado.²⁷

En el Acuerdo Plenario de fecha 20 de Abril de 2009, se decidió que “la tasa de interés fijada debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido”²⁸

Actualmente, el enriquecimiento sin causa no tiene consagración en una norma expresa del Código Civil; sin embargo, el principio es mentado por el Codificador en varias notas del Código Argentino, los mismos que corresponden a los artículos 43, 499 y 784 del Código Civil, lo que permite afirmar su vigencia en el Derecho argentino; pero, este no lo ha consagrado de manera expresa.

De ahí que la Dra. María Luisa Stábile en su estudio «Enriquecimiento sin causa» diga: «Con mayor razón, pues, que los autores franceses que no obstante no encontrar enunciado *propis verbis* la noción del enriquecimiento sin causa, han formado hermosas construcciones jurídicas; a base de algunos principios fragmentarios y dispersos en el Código, podemos sostener en nuestro derecho la existencia del principio que nos ocupa, como la reglamentación de sus condiciones y efectos».

²⁷ LOPEZ MESA, Marcelo, Op. Cit., p. 365.

²⁸ Ibid, p. 365.

Por su parte, Moisset considera que el enriquecimiento sin causa debe ser considerado en la actualidad como una fuente autónoma de obligaciones²⁹ y que las acciones que surgen del enriquecimiento sin causa son de carácter marcadamente ético. Sin embargo, la expresión enriquecimiento sin causa es insuficiente, pues debería ser completada y quedar como enriquecimiento sin causa legítima, debido a que podría causar confusión porque todo enriquecimiento tiene una causa que lo origina, sólo que en algunos casos dicha causa no es justa o se trata de una causa ilegítima.³⁰

Ante lo expuesto en líneas anteriores, consideramos que, mientras más claros sean respecto a los términos empleados, mayor será su entendimiento y aplicación en la realidad.

1.3.2. Italia

Según Sirena, en el Derecho italiano la acción general de enriquecimiento sin causa está regulada por los artículos 2041 y 2042 del Código Civil, los que son equivalentes a los artículos 1954 y 1955 del Código Civil peruano de 1984.³¹

De acuerdo al mismo autor, en la experiencia jurídica italiana, es aun claramente advertible la desconfianza en relación a la acción general de enriquecimiento sin causa y resulta, por otra parte, de su absoluta marginalidad en el derecho jurisprudencial efectivo. Señala además el autor que en los reportes son muy pocas las máximas que demuestran la aplicación y casi todos conciernen a la relación (privada) entre un ciudadano y la Administración Pública.³²

El Código Italiano de 1942, en su artículo 2042 establece: “Carácter subsidiario de la acción. La acción de enriquecimiento no es proponible cuando el damnificado pueda ejercitar otra acción para hacerse

²⁹ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Curso de Obligaciones, Zavalia, Buenos Aires, 2004, p. 303

³⁰ Ibid, p. 307

³¹ SIRENA, Pietro, “La acción general de enriquecimiento sin causa: Situación actual y perspectivas futuras”, En: Revista Derecho y Sociedad, N° 20, Lima, julio, 2003, p. 233.

³² Ibid, p. 233

indemnizar del perjuicio sufrido”. El carácter subsidiario encuentra justificación en que la prohibición se ha establecido con el objeto de llenar necesariamente un vacío de orden jurídico, esto es, para completar el ordenamiento; en modo alguno para sustituir o bloquear las acciones típicas que expresamente dispuso el ordenamiento positivo, que mantienen su preferencia, o para salvar a quienes por su negligencia han dejado pasar el tiempo o han perdido un juicio³³

Finalmente, el enriquecimiento sin causa está propiamente determinado en razón de que un sujeto (responsable), sin estar legitimado, goza de un beneficio que el ordenamiento jurídico ha atribuido exclusivamente a otro sujeto (tutelado).

1.3.3. España

El enriquecimiento sin causa, también denominado “enriquecimiento injustificado” o “enriquecimiento torticero”, se origina cuando “una persona se beneficia o enriquece a costa de otra, sin que exista una causa o razón de ser que justifique este desplazamiento patrimonial. Por consiguiente, al no estar justificada la atribución patrimonial, la persona que recibió deberá restituir, y, por ello, se concede un remedio procesal (una acción) al empobrecido o perjudicado para que reclame la restitución”³⁴

“Son abundantes las decisiones jurisprudenciales que, ante la invocación de algunas de las partes, estudian esta figura, en muchas ocasiones para negar que en el caso concreto concurren sus presupuestos”³⁵ de igual modo que Argentina, el hecho de no estar expresamente regulado en su Código Civil, su concepto resulta incierto y confuso.

Con respecto a los efectos de esta figura, el Tribunal Supremo de España resolvió que la acción de enriquecimiento injusto tiene por ámbito el beneficio efectivamente obtenido por el deudor, sin que pueda excederlo, pero tiene también otro límite, igualmente infranqueable, que es el

³³ LOPEZ MESA, Marcelo, Op, Cit., p. 27

³⁴ LETE DEL RÍO, José, Derecho de Obligaciones, vol. II, p. 173

³⁵ LOPEZ MESA, Marcelo, Op, Cit., p. 365

constituido por el correlativo empobrecimiento del actor, debiendo regirse por la cifra inferior, de suerte que, aun cuando el demandado se haya enriquecido sin causa, no podrá el actor reclamar sino hasta el límite de su propio empobrecimiento, expresado en el caso por los gastos efectuados para la edificación, que no pueden ser rebasados, aunque el valor de la finca sea actualmente, por el encarecimiento de la construcción, muy superior.³⁶

En síntesis, la acción de enriquecimiento sin causa es una acción de carácter personal que legitima al empobrecido en contra del enriquecido, aunque la pretensión de enriquecimiento pueda ejercitarse no sólo por vía de acción, sino también por vía de reconvencción.

1.3.4. Chile

El código Civil Chileno, igual que su modelo francés, tampoco contiene disposición alguna que, en forma general, considere al enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones, a diferencia de otros textos que expresamente lo proclaman con tal carácter, como el italiano de 1942 o el suizo de 1911, el alemán de 1900 (BGB) o el japonés de 1890.

El hecho que en Chile el legislador no haya consagrado este principio de una manera expresa y general se explica porque a la época de la dictación de su Código no se habían aún sistematizado los principios del enriquecimiento sin causa en el derecho científico y porque siguió muy de cerca al Código Civil Francés que, como dijimos, es parco en generalizaciones y da mayor cabida a los hechos que a las ideas.

Abeliuk confirma dicha postura, pues señala que el Código Civil chileno, por la época de su promulgación y su inspiración, no reglamentó el enriquecimiento sin causa, por lo que no hay disposición específica como en otros códigos extranjeros que lo contemple como regla general o lo mencione; sin embargo, existen numerosas instituciones y soluciones legislativas que están inspiradas en él como es el caso de las prestaciones

³⁶ Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, 25/11/85, ponente: Sr. Serena Velloso, LL (Esp.) t. 1986-1, p. 901 (7285-R).

mutuas, la accesión, la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno, la nulidad de los actos de un incapaz y la teoría de las recompensas en la sociedad conyugal³⁷.

1.3.5. Perú

El Código de 1984 regula expresamente el enriquecimiento sin causa como una institución independiente, considerándola como fuente autónoma de obligaciones y como tal la regula en una sección exclusiva dentro del Libro VII: Fuentes de las Obligaciones, Sección Tercera [Sección Cuarta] que regula a las obligaciones no contractuales.

Así, el actual Código Civil Peruano, en su artículo 1954, se ocupa del enriquecimiento sin causa, disponiendo que aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo. Seguidamente, en su artículo 1955 de la misma sección, se dispone que 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, con lo cual podemos identificar el carácter subsidiario de dicha acción.

Entonces, podemos concluir que cuando se cumplen los requisitos se configura el enriquecimiento sin causa y el afectado podrá ejercitar la acción legal prevista para obtener la indemnización respectiva.

Los requisitos para la acción por enriquecimiento sin causa, según Palacios, son: el enriquecimiento, el daño, la correlación entre daño y enriquecimiento, la ausencia de justa causa y la subsidiaridad³⁸.

En cuanto a la subsidiaridad, que es lo determinante para ejercer dicha acción, Palacios señala que es una suerte de mecanismo de protección a los fines de impedir la utilización generalizada e incontrolada de la acción

³⁷ ABELIUK MANASEVICH, René. *Teoría del Enriquecimiento sin causa*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 193-195. [Ubicado el 30.V. 2015], Obtenido en: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2010c/748/LA%20TEORIA%20DEL%20ENRIQUECIMIENTO%20INJUSTIFICADO%20O%20SIN%20CAUSA%20COMO%20FUENTE%20DE%20LAS%20OBLIGACIONES.html>

³⁸ PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas, Tomo IX, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p.881

de enriquecimiento, de tal modo que la subsidiaridad tiene una función de filtro.³⁹

Castillo y Sabroso señalan que la ley peruana, cuando trata acerca del enriquecimiento sin causa, le ha dado carácter supletorio; es decir, le ha dado naturaleza subsidiaria. No es una pretensión adicional a otras que se pueda plantear ni una pretensión más que se pueda interponer, sino que es una pretensión cuya interposición cabe en defecto de la existencia de otras pretensiones.⁴⁰

Finalmente, resulta conveniente señalar como similitud evidente que estos modelos presentados tanto latinoamericanos como europeos son muy similares sino idénticos en lo que respecta a la conceptualización del enriquecimiento sin causa, con la diferencia de que tanto Argentina, España y Chile siguen fielmente la tradición francesa al no tener una mención directa y explícita que dé claridad a la figura que estamos desarrollando, el cual en estos casos fue desarrollado doctrinal y jurisprudencialmente en vista a la carencia de su regulación en sus códigos civiles. Asimismo, es más que evidente que el Código Civil peruano sigue la misma línea que la de Italia al tener a esta figura presenta expresamente en su codificación con lo cual hace mucho más sencillo el identificar sus presupuestos: enriquecimiento, perjuicio, relación de causalidad y subsidiariedad, esto hace menos confusa su aplicación. Por último, se puede unificar todo lo mencionado en este apartado al resaltar nuevamente y en palabras propias que el enriquecimiento sin causa pertenece a un grupo de remedios llamados restitutorios, que tienen por objeto restablecer la situación jurídica o fáctica que ha sido alterada en virtud de un hecho que dio lugar al enriquecimiento ilegítimo.

³⁹ Idem, p. 866

⁴⁰ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. El arbitraje en la contratación pública, Palestra, Lima, 2009, p. 72.

CAPÍTULO 2

LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

Las contrataciones del Estado, como hemos visto en el capítulo anterior, son aquellos por el cual el Estado y una empresa celebran un contrato ya sea mediante concursos, licitaciones o adjudicaciones, con la finalidad de satisfacer las necesidades que cada sector de la Administración Pública requiere. Según el tipo de contratación y el proceso de selección es que se logran alcanzar las metas propuestas y, consecuentemente, cubrir las necesidades sociales que las comunidades soliciten para su desarrollo.

Actualmente, existe una Ley de Contrataciones del Estado la cual contiene, las disposiciones y lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos⁴¹.

Asimismo, dentro de esta Ley, encontramos una serie de principios los cuales deben ser cumplidos por la Administración Pública y los terceros que contratan con ella.

Estos principios tienen como fin maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones, entiéndase a este respecto las entidades del Sector Público, de manera que éstas se efectúen oportunamente y con las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de estos principios.

⁴¹ VALDEZ HUMBSER, Rocío. *Ley de Contrataciones del Estado*. [ubicado el 29.X 2015] obtenido en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/rociovaldez/2013/03/06/ley-de-contrataciones-del-estado/>

2.1. Principios de las contrataciones del estado

En todo ordenamiento jurídico, se destaca la existencia de principios generales de Derecho, los que, tal como señala el Dr. Delpiazzo, pueden definirse conforme a su designación, a través de las tres palabras que componen su nombre. De esta forma, son principios, por cuanto constituyen los cimientos o bases de todo ordenamiento; son generales en virtud de que “trascienden un precepto concreto y no se confunden con apreciaciones singulares o particulares”, y son reglas de Derecho, dado que configuran disposiciones de corte jurídico, no siendo “simples criterios morales, buenas intenciones o vagas directivas”.⁴²

En nuestra normativa, la Ley de Contrataciones del Estado en su artículo 4 nos expone los siguientes principios:

2.1.1. Principio de Sostenibilidad Ambiental y Social

“En el diseño y desarrollo de la contratación pública se consideran criterios y prácticas que permitan contribuir tanto a la protección medioambiental como social y al desarrollo humano.”⁴³

Este principio, busca darle una connotación social y humana a los procesos de contrataciones, que son, finalmente, el destinatario de la actividad estatal y en función de la cual, se deben y se tienden a satisfacer los intereses involucrados. En este sentido, la norma en mención es concordante con el artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual establece que, los Estados partes (el Perú es uno de ellos) reconocen el derecho de toda persona a gozar de condiciones de trabajo que le aseguren condiciones de

⁴² DELPIAZZO, CARLOS E. “Derecho Administrativo Uruguayo”, Ed. Porrúa, 1ª Edición, México, Año 2005, Pág. 12.

⁴³ Artículo 2 del Decreto Legislativo 1341 - LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO. obtenido en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/ley-de-contrataciones-del-estado-y-reglamento>

existencia dignas para él y sus familias; poniéndose la norma Peruana, a nivel acorde al ámbito internacional.⁴⁴

Este principio resulta conforme a lo establecido por el artículo 1° de la Constitución Política del Perú, según la cual, la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, son el fin supremo de la sociedad y el Estado.

2.1.2. Principio de Integridad

“La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna.”⁴⁵

Todos los actos referidos a los procesos de contratación de las Entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad. En ese sentido, la Resolución N° 983-2008.TC. - “En consecuencia, no debe perderse de vista que el documento cuestionado fue utilizado para acreditar un hecho determinado que es la experiencia del profesional propuesto para el cargo de “Evaluador/Diseñador de Procesos” y obtener así un mayor puntaje, lesionándose, conforme lo considera este Colegiado, los Principios de Presunción de Veracidad y de Moralidad que la normativa de contratación pública, con sustento legal, cautela.

Considerando que las propuestas técnicas están compuestas básicamente por documentos, los postores se encuentran obligados a responder por la veracidad formal y sustancial de los mismos, en cumplimiento de los Principios de Moralidad y Presunción de Veracidad. En este sentido, toda vez que las propuestas técnicas presentadas por los

⁴⁴ ALIAGA GASTELUMENDI, Hugo. “Principios en la Ley de Contrataciones del Estado” Gestión Pública y Desarrollo. [ubicado el 4.XI. 2015] obtenido en: http://www.gestionpublica.org.pe/plantilla/practx09/contrat_estado/2010/compest_10_24.pdf

⁴⁵ Artículo 2 del Decreto Legislativo 1341 - LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO. obtenido en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/ley-de-contrataciones-del-estado-y-reglamento>

postores deben ser claras y contener información fehaciente, atributos sin los cuales resulta imposible determinar no sólo la exactitud de la información, importante de por sí en el orden formal, sino que, además, impide una correcta y unívoca evaluación del alcance de éstas, se concluye que existen razones suficientes que desvirtúan la presunción de veracidad que amparaba la cuestionada constancia de trabajo, al evidenciarse que se ha presentado un documento que no corresponde a la realidad, lo que constituye una infracción del Principio de Moralidad. Por tanto, corresponde descalificar la propuesta del postor adjudicatario”.⁴⁶

2.1.3. Principio de Libre Concurrencia

“Las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores.”⁴⁷

Actualmente el principio de competencia ha sido fusionado al principio de libre concurrencia, entendiéndose por este doble concepto que en los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores.

En virtud a este principio de Libre Concurrencia, la normativa impone a la Administración el deber de adjudicar imparcialmente la mejor oferta, sobre la base y supuestos de una decisión discrecional. Así, la Administración no puede elegir individualmente a sus oferentes, sino, los elegirá dentro de un potencial grupo o participantes.”⁴⁸

⁴⁶ ORDOÑEZ, E., OLIVER, A. & PAJUELO, Alexander. “Principios rectores de la Contratación Pública” [ubicado el 5.XI. 2015] obtenido en: http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap2_m1_a.pdf

⁴⁷ Artículo 2 del Decreto Legislativo 1341 - LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO. obtenido en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/ley-de-contrataciones-del-estado-y-reglamento>

⁴⁸ ORDOÑEZ, E., OLIVER, A. & PAJUELO, Alexander. “Principios rectores de la Contratación Pública” [ubicado el 5.XI. 2015] obtenido en: http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap2_m1_a.pdf

2.1.4. Principio de Vigencia Tecnológica

“Los bienes, servicios y obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad la finalidad pública para los que son requeridos, por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.”⁴⁹

Este principio permite asegurar que el objeto contractual no incurra en una situación de obsolescencia por el paso del tiempo, permitiendo que los avances de la técnica no perjudiquen la ejecución contractual. Esto se muestra por ejemplo en los bienes informáticos, sea hardware, sea software, los mismos que evolucionan con especial rapidez. Otro caso es de las obras, que deben permitir que lo construido se encuentre conforme con el estado de la técnica.

2.1.5. Principio de Competencia

“Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.”⁵⁰

En tanto, de acuerdo al Diccionario Real de la Academia Española, la Competencia es la “Situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio”; es decir, como principio de las contrataciones del Estado, implica para las entidades públicas, el deber de garantizar, en las Bases Administrativas, disposiciones no restrictivas a la competencia de los postores para obtener, en la evaluación y calificación de propuestas, aquella más ventajosa, con el fin de satisfacer el interés público. Para entender mejor

⁴⁹ Artículo 2 del Decreto Legislativo 1341 - LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO. obtenido en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/ley-de-contrataciones-del-estado-y-reglamento>

⁵⁰ Artículo 2 del Decreto Legislativo 1341 - LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO. obtenido en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/ley-de-contrataciones-del-estado-y-reglamento>

este principio, cabe señalar que es aquel en virtud del cual, la conducta administrativa se funda en la ley, es decir, que tenga su razón suficiente de validez en un texto expreso o implícitamente comprendido en lo legal que lo autorice a actuar.

Con el Principio de Competencia se le exige al Órgano Encargado de las Contrataciones, al Comité Especial y al Titular de la Entidad una actuación arreglada a la imparcialidad, sin más restricciones que las establecidas para salvaguardar los intereses económicos de la Entidad.

Como se puede observar, se habla de limitaciones y restricciones, respectivamente, aunque en realidad se trata, más propiamente, de restricciones de políticas de las entidades públicas, frente a lo cual se le impone la prohibición de adoptar prácticas contrarias a los elementos básicos que encausan y controlan la actuación administrativa durante el procedimiento de selección y contratación.

2.1.6. Principio de Eficacia y Eficiencia

“El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos.”⁵¹

Los procedimientos administrativos deben ser eficientes y eficaces para así lograr su finalidad. Estos dos requisitos confluyen para exigir que la contratación administrativa sea efectiva y eficaz y que cumpla en dar satisfacción al interés público con la menor onerosidad y la mayor agilidad posible.

⁵¹ Artículo 2 del Decreto Legislativo 1341 - LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO. obtenido en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/ley-de-contrataciones-del-estado-y-reglamento>

En tal sentido, no olvidemos que, en el ejercicio del gasto público, siempre debe prevalecer una relación de adecuación entre el empleo de los recursos económicos que se administran y los objetivos que se persiguen. Así, una correcta administración, debe sustentarse en un ejercicio ordenado del gasto que alcance los fines perseguidos, sin que esto implique el detrimento de otros, lo que, como consecuencia, distraiga los recursos públicos de manera indebida.⁵²

De esta manera, el logro del fin propuesto es lo que siempre debe orientar al desarrollo del procedimiento, fin que está vinculado tanto al interés general como al interés de la Administración y al del administrado.

Ciertamente, el objetivo del procedimiento de selección, en definitiva, es la satisfacción de esos fines en el menor tiempo y con el menor costo posible, pero respetando siempre el ordenamiento legal en el cual el mismo se encuentra inserto.

Asimismo, no debe olvidarse que la contratación de la Administración se encuentra condicionada por ciertas exigencias funcionales que se reputan como justas, las cuales comprenden la necesidad de rapidez, de acierto en la elección de la personalidad del contratante de evitar toda sospecha de inmoralidad en la contratación misma, y de obtener el mejor precio posible compatibles con las necesidades anteriores.⁵³

2.1.7. Principio de Publicidad

“El proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre competencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones.”⁵⁴

Este nuevo principio consagrado como tal, significa que la Administración ha realizado un pedido de ofertas, según se establezca en las normas

⁵² GONZALES SANDOVAL, Rodrigo, *“La Licitación Pública y el Contrato Administrativo. Aplicación y Medios de Defensa”*, México, Editorial Porrúa, 2008, pp. 22-23.

⁵³ LINARES, Juan, *“Valoración de los Sistemas de Selección del Contratista”*, en *“Contratos Públicos”*, Mendoza, Universidad de Mendoza, Universidad de Cuyo, 1980, Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, p. 183.

⁵⁴ Artículo 2 del Decreto Legislativo 1341 - LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO. obtenido en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/ley-de-contrataciones-del-estado-y-reglamento>

nacionales. Lo anterior supone una actuación material de la Administración, la cual convoca a los interesados, es decir, se divulga la decisión administrativa de solicitar ofertas y de contratar según las bases del proceso⁵⁵. En el Perú como en la doctrina comparada, se entiende la materialización de este principio en la convocatoria, como una invitación a ofrecer. En efecto, tal y como lo afirma Juan Alfonso Santamaría Pastor⁵⁶, el principio de publicidad no es absoluto y como tal, tiene entre sus límites, el de que el actuar de la Administración no puede afectar ni dañar el derecho a la intimidad de las personas y su honor; así como tampoco, se debe afectar la seguridad pública y la defensa nacional.

Por su parte, Pérez Hualde señala que este principio debe enfocarse desde un doble punto de vista, a saber: a) como hecho de la publicación del acto del llamado a licitación que debe ser sumamente amplio y b) como la posibilidad de acceso al conocimiento del procedimiento del procedimiento licitatorio por parte de todo interesado, salvo excepciones debidamente justificados que no son fáciles de encontrar en la licitación pública. La publicidad constituye la garantía de que todo se hará correctamente. Los posibles licitadores u oferentes deben de adquirir debido conocimiento del llamado a licitación y los actos y hechos del procedimiento licitatorio, los que deben ser abiertos al público en general y a los licitadores en particulares⁵⁷

Finalmente, debemos entender que por este principio se tiene la garantía de que todo se hará de la manera más adecuada. Los posibles licitadores u oferentes deben adquirir debido conocimiento del llamado a licitación y de los actos y hechos del procedimiento licitatorio, los que deben ser abiertos al público en general y a los licitadores en particular.

⁵⁵ DROMI, José Roberto; *El Procedimiento de la Licitación Pública*, en "La Licitación Pública". Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 237

⁵⁶ SANTAMARIA PASTOR, Juan. "*Principios de Derecho Administrativo*", Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Vol I, 3era Edición, Madrid, 2000.

⁵⁷ BUJ MONTERO, Mónica. "*La Licitación Pública: Principios Generales, Contratos Administrativos*", Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, p. 92.

2.1.8. Principio de Transparencia

“Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.”⁵⁸

El principio en mención se relaciona con el establecimiento de la obligación de las entidades convocantes de proveer información relevante referida a sus procedimientos de contratación, así como dotar de mecanismos electrónicos o impresos de fácil acceso a las mismas y de amplia difusión para el público en general.⁵⁹

En la obligación anteriormente mencionada, se encuentra la difusión de la normativa aplicable, de los planes anuales de adquisición, de las convocatorias, de las bases, del otorgamiento de la buena pro y, de los resultados de los recursos impugnativos interpuestos.

Finalmente, cabe agregar que, el principio de transparencia debe permitir incluso ejercer el derecho a identificar al responsable del procedimiento.⁶⁰

2.1.9. Principio de Igualdad de Trato

“Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato cuente con una

⁵⁸ Artículo 2 del Decreto Legislativo 1341 - LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO. obtenido en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/ley-de-contrataciones-del-estado-y-reglamento>

⁵⁹ ARTEAGA ZEGARRA, Mario; artículo “La Contratación Pública en el marco del TLC Perú-EEUU” en revista Derecho & Sociedad, Año XVIII, Nº 29, Lima, 2007, p. 181

⁶⁰ DROMI, José Roberto; “El Procedimiento de la Licitación Pública”, en “La Licitación Pública”. en Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 137

justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva.”⁶¹

Este principio en la actual norma, ha sido objeto de una importante modificación: El Decreto Legislativo N° 1017 elimina la posibilidad de que la Entidad conceda privilegios, ventajas o prerrogativas a algún postor, que eran concedidas por la anterior normativa. Con ocasión de esta modificación, mencionaremos que este principio significa que los postores tengan igualdad de posibilidades a fin de poder obtener la buena pro en el proceso de selección, en donde los mismos están en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas.⁶²

En el Perú, vemos que los pronunciamientos del OSCE en donde se pretende ilustrar respecto del principio de Trato Igualitario, recaen mayormente en la casuística bajo análisis del caso concreto, cuando por ejemplo se señala que este principio es uno que coadyuva a la igualdad en las condiciones en las que se participa, como se señala por ejemplo en el Pronunciamiento N° 305-2010/DTN, de su Dirección Técnico Normativa, del 05 de octubre de 2010.

Este principio significa que no debe discriminarse el goce del servicio a ningún particular que llene las condiciones legales ⁶³ Así, dicho de otra manera⁶⁴ el principio de igualdad, impide los tratamientos de favor por parte de la autoridad administrativa en relación a los administrados. Hay igualdad cuando se toman las mismas medidas en condiciones parecidas o análogas. En ese sentido, el principio de igualdad, aplicado en Perú, constituye límite al poder discrecional; así también, este principio también se relaciona con la vinculación del precedente, en donde, la Administración ante supuestos idénticos, debe decidir de manera idéntica;

⁶¹ Artículo 2 del Decreto Legislativo 1341 - LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO. obtenido en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/ley-de-contrataciones-del-estado-y-reglamento>

⁶² FIORINI, Bartolomé & MATA, Ismael, “La Licitación Pública”, ob. cit en Dromi, José Roberto, en nota a pie de página número 4.

⁶³ FRAGA, Gabino en “Derecho Administrativo” Edit Porrúa, 39 Edición . P.243, México, 1999.

⁶⁴ DROMI, José Roberto; “El Procedimiento de la Licitación Pública”, en “La Licitación Pública”. en Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980 P. 732

sin embargo, es de mencionar que el precedente no vincula a la Administración con el rango de fuente del derecho.

Siguiendo con los principios mencionados anteriormente, entre otros más que propone la ley, se logra llevar de la manera más correcta el proceso de contratación con el Estado, a fin de que cada una de las partes intervinientes logren obtener su objetivo, motivo de la contratación.

2.1.10. Principio de Equidad

“Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.”⁶⁵

Principio base para el manejo de la presente tesis en desarrollo, por el presente, se establece que, las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.

TIRADO⁶⁶ señala que, actualmente no se puede continuar manteniendo de forma estricta el concepto de régimen exorbitante tradicionalmente empleado para la contratación administrativa. A su vez, las existencias de algunas prerrogativas a favor de la Administración no pueden afectar el beneficio esperado por el contratista, el mismo que debería obtener por lo menos similares beneficios a los que obtendría contratando con sujetos provenientes de la actividad privada. Sin embargo, la Administración Pública mantiene aún ciertas prerrogativas que generan una notable superioridad sobre el contratista, debiéndose establecer mecanismos eficaces a través de los cuales el particular pueda defenderse de un ejercicio arbitrario de las mismas, los cuales se centran particularmente en el arbitraje.

⁶⁵ Artículo 2 del Decreto Legislativo 1341 - LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO. obtenido en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/ley-de-contrataciones-del-estado-y-reglamento>

⁶⁶ MARTIN TIRADO, Richard; “La Naturaleza del Contrato estatal. La necesidad de contar con un régimen unitario de contratación pública”. En: Actualidad Jurídica Tomo 143. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p.164.

El principio de Equidad permite que, en una situación de desavenencia, tanto contratistas como entidades recuerden que resulta totalmente conveniente e importante el pago oportuno de las prestaciones realizadas, a fin de mantener la relación de equivalencia y proporcionalidad entre ellas.

Habiendo visitado cada uno de los principios que actualmente regula la ley en cuestión, podemos concluir en este apartado que los principios que más se ven afectados por la figura del enriquecimiento sin causa son: el de Integridad al ir en contra de la honestidad y veracidad exigida por el mismo; el de Sostenibilidad Ambiental y Social al ir en contra de la exigencia expresa del desarrollo humano contenida en ella por obvias razones; el de Equidad al no haber una situación de equivalencia y proporcionalidad entre las partes al darse solo el beneficio de una a costa de la otra; y el de Eficacia y Eficiencia ya que al darse el aprovechamiento de una parte y entrar en conflicto ambas por esta injusticia nos desviamos del objetivo principal de este principio que es priorizar la mejoría de las condiciones de vida de las personas y, en suma, el fin público por el cual se dio inicio a todo. Es entonces imperativo reconocer que la contención de esta conducta dañina ha de ser contemplada inmediatamente en la Ley de Contrataciones del Estado.

2.2. Modalidades de Contratación

Para asegurar el cumplimiento de las finalidades públicas, el Estado contrata con los privados la prestación de servicios, el suministro de bienes y la ejecución de obras; a este proceso se le conoce como Contratación Pública.

Ahora bien, el Estado no contrata siguiendo un mismo método o procedimiento sino que utiliza distintas formas de contratación que varían en atención a dos criterios: i) qué es lo que vaya a contratar (bien, servicio u obra); y ii) el valor estimado o referencial de lo que se vaya a contratar (el cual debe estar previsto en el PAC). A estas distintas formas que utiliza para

contratar se les conoce como modalidades de contratación, métodos de contratación o tipos de procedimiento de selección.⁶⁷

Actualmente, la Ley 30225 contempla 7 métodos o modalidades de contratación, lo cual supera en número a los métodos o modalidades de su predecesora. Estos, según el texto legal de la norma anteriormente mencionada, son:

Artículo 21.- Procedimientos de selección

*Una Entidad puede contratar por medio de **licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, selección de consultores individuales, comparación de precios, subasta inversa electrónica, contratación directa** (...) [la negrita es nuestra]⁶⁸*

2.2.1. La Licitación Pública y la Contratación Pública

El numeral 1 del artículo 22 de la recientemente modificada Ley 30225 contempla de manera unida a estas dos modalidades diciendo lo siguiente:

Artículo 22.- Licitación pública y concurso público

*22.1 La **licitación pública** se utiliza para la contratación de bienes y obras; y, el **concurso público** para la contratación de servicios. En ambos casos, se aplican a las contrataciones cuyo valor estimado o valor referencial, se encuentre dentro de los márgenes que establece la ley de presupuesto del sector público. (...) [la negrita es nuestra]⁶⁹*

Es el proceso de selección que se convoca para la contratación de obras, adquisición de bienes y suministro. Estas a su vez pueden ser:

⁶⁷ Cfr. Instituto de Ciencias Sociales y Políticas Públicas. Las modalidades de Contratación en la nueva ley de contrataciones. 2016. [Ubicado el 2.I 2019] Obtenido en: <http://incispp.edu.pe/blog/las-modalidades-contratacion-publica-la-nueva-ley-contrataciones-del-estado/>

⁶⁸ Artículo 21 del Decreto Legislativo 1341 - LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO. obtenido en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/ley-de-contrataciones-del-estado-y-reglamento>

⁶⁹ Artículo 22 del Decreto Legislativo 1444 - LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO. obtenido en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/ley-de-contrataciones-del-estado-y-reglamento>

- Licitación Pública Nacional: es para la adquisición de los bienes o suministros, producidos por empresas que cuentan con planta industrial en el país o para la ejecución de obras con empresas o instalaciones en el país.
- Licitación Pública Internacional: para la adquisición de suministros o bienes que no se elaboren en el país, en caso de obras, las que necesitan participación internacional.

Los bienes serán adquiridos con el contrato de compra-venta y está destinado a transferir la propiedad de uno o más bienes a favor del Estado.

Por el suministro, se adquiere en propiedad, bienes a tracto sucesivo mediante entregas periódicas, sucesivas o continuadas.

En el contrato de obra, el contratista, se obliga a ejecutar una obra determinada.

Es el procedimiento administrativo de contratación⁷⁰ por el cual la administración invita a una cantidad indeterminada de posibles interesados a que, sujetándose a las bases fijadas en los pliegos de bases y condiciones, formule propuestas de las cuales se seleccionará y aceptará (adjudicación) la más ventajosa o conveniente (de conformidad a factores económicos)⁷¹.

La licitación es un procedimiento legal y técnico de invitación a los interesados, para que, conforme a las bases preparadas al efecto, llamadas “pliego de condiciones”, formulen propuestas de entre las cuales se elige y se acepta la más ventajosa mediante la adjudicación, que perfecciona el contrato.

En otros términos, es un procedimiento de selección del contratista de la administración pública que, sobre las base de una previa justificación de

⁷⁰ El contrato es una de las formas jurídicas de la función administrativa. En su consecuencia, por una relación de especie a género, en la preparación y ejecución de los contratos de la Administración se aplica el régimen jurídico de la función administrativa.

⁷¹ Cfr. RUIZ-ELDRIDGE, Alberto. *Manual de Derecho Administrativo*. 1era ed. Lima, Gaceta Jurídica, 2000, Pp. 214-216.

idoneidad mora, técnica y financiera, tiende a establecer qué persona es la que ofrece el precio más conveniente o la mejor oferta⁷².

Ahora, al igual que la ley anterior, se utiliza para la contratación de bienes cuyo valor sea mayor o igual a S/ 400,000.00 y de obras cuyo monto sea mayor o igual a S/ 1'800,000.00. No obstante, y después de un análisis profundo, podemos notar que la nueva ley también trae cambios importantes en lo que a la licitación pública se refiere. Entre ellos podemos destacar los siguientes:

- Hay una sola etapa para la presentación de consultas y observaciones. Lo mismo ocurre con la absolución de las mismas.
- Los aspectos técnicos y económicos de la oferta deben estar incluidos en un mismo sobre, ya no en dos como lo tenía previsto la ley anterior. Así también, la oferta ya no deberá presentarla necesariamente el titular, ya que, también podrá hacerlo un tercero sin necesidad de formalidad alguna.
- Es necesario pasar los Requisitos de Calificación como un filtro más luego de la evaluación de la oferta para lograr el otorgamiento de la buena pro.
- Y, se añade un tipo especial de Licitación Pública: La licitación Pública con precalificación, la cual puede ser utilizada para los casos en que se lleve a cabo una contratación cuyo valor referencial sea igual o mayor a 20 millones de soles.

En cuanto a la segunda modalidad, el Concurso Público, lo esencial que menciona la ley de la materia es que las entidades deben optar por esta modalidad cuando se contraten servicios cuyo monto sea igual o mayor a 400 soles. El concurso público debe seguir el mismo procedimiento que la licitación pública. Por esa razón las modificaciones son las mismas.

⁷² Cfr. Pontificia Universidad Católica del Perú. *Aportes para un Estado eficiente*. Lima, Palestra, 2012. Pp. 495-498.

2.2.2. La Adjudicación Simplificada

Lo que contempla la ley en discusión en su artículo 23 es lo siguiente:

“Artículo 23.- Adjudicación simplificada

La adjudicación simplificada se utiliza para la contratación de bienes y servicios, con excepción de los servicios a ser prestados por consultores individuales, así como para la ejecución de obras, cuyo valor estimado o referencial, según corresponda, se encuentre dentro de los márgenes que establece la ley de presupuesto del sector público.”⁷³

Esta debe ser utilizada para la contratación de bienes y servicios (con excepción de la consultoría individual) cuyo valor sea mayor a 8 UIT.

Además se contempla la posibilidad de que la presentación de ofertas se realice en acto privado con la finalidad de agilizar y simplificar el procedimiento.

2.2.3. La Selección de Consultores Individuales

El artículo 24 de la ley antes citada la define de la siguiente manera:

“Artículo 24.- Selección de consultores individuales

La selección de consultores individuales se utiliza para la contratación de servicios de consultoría en los que no se necesita equipos de personal ni apoyo profesional adicional, y en tanto la experiencia y las calificaciones de la persona natural que preste el servicio son los requisitos primordiales para atender la necesidad, conforme a lo que establece el reglamento, siempre que su valor estimado se encuentre dentro de los márgenes que establece la ley de presupuesto del sector público.”⁷⁴

⁷³ Artículo 23 del Decreto Legislativo 1444 - LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO. obtenido en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/ley-de-contrataciones-del-estado-y-reglamento>

⁷⁴ Artículo 24 del Decreto Legislativo 1444 - LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO. obtenido en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/ley-de-contrataciones-del-estado-y-reglamento>

Es una de las nuevas modalidades de contratación que trajo la nueva Ley. Se utiliza para la contratación de servicios de consultoría en los que no se necesita equipos de personal ni apoyo adicional y en tanto que la experiencia y las calificaciones de la persona natural que preste el servicio sean los requisitos primordiales, siempre que su valor estimado o referencial sea mayor a 8 UIT pero menor a S/ 250,000.00. Este método no puede ser utilizado para contratar un consultoría de obras, la ley no lo permite.

2.2.4. La Comparación de Precios

El artículo 25 de la ley antes citada la define de la siguiente manera:

“Artículo 25. Comparación de precios

La comparación de precios puede utilizarse para la contratación de bienes y servicios de disponibilidad inmediata, distintos a los de consultoría, que no sean fabricados o prestados siguiendo las especificaciones o indicaciones del contratante, siempre que sean fáciles de obtener o que tengan un estándar establecido en el mercado, conforme a lo que señale el reglamento.”⁷⁵

Esta modalidad puede ser utilizada para la contratación de bienes y servicios de disponibilidad inmediata distintos a los de consultoría, que no sean prestados siguiendo las especificaciones del contratante. El valor de estas contrataciones debe ser mayor a 8 UIT y menor a S/ 40,000.00.

En vista de ello, la comparación de precios es la modalidad de contratación más sencilla que prevé la nueva Ley de Contrataciones del Estado. El trámite consiste en obtener 3 cotizaciones las cuales deben ser acompañadas de declaraciones juradas de no encontrarse impedido de contratar con el Estado. Finalmente, la Entidad otorga la buena pro a la oferta que cuente con el precio más bajo.

⁷⁵ Artículo 25 del Decreto Legislativo 1444 - LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO. obtenido en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/ley-de-contrataciones-del-estado-y-reglamento>

2.2.5. Subasta Inversa Electrónica

El artículo 26 de la ley antes citada la define de la siguiente manera:

“Artículo 26.- Subasta inversa electrónica

26.1 La subasta inversa electrónica se utiliza para la contratación de bienes y servicios comunes que cuenten con ficha técnica y se encuentren incluidos en el Listado de Bienes y Servicios Comunes (...).”⁷⁶

La misma disposición legal nos aclara que La ficha técnica debe ser utilizada, incluso en aquellas contrataciones que no se encuentran bajo su ámbito o que se sujeten a otro régimen legal de contratación.⁷⁷

2.2.6. La Contratación Directa

La norma predecesora a la actual la regulaba como “Contrataciones Exoneradas del Procedimiento de Selección”. Este método solo puede ser utilizado en los supuestos previstos expresamente por la ley (*numerus clausus*), los que a saber y según el artículo 27 son:

“Artículo 27.- Contrataciones Directas

27.1 Excepcionalmente, las Entidades pueden contratar directamente con un determinado proveedor en los siguientes supuestos:

a) Cuando se contrate con otra Entidad, siempre que en razón de costos de oportunidad resulte más eficiente y técnicamente viable para satisfacer la necesidad, y no se contravenga lo señalado en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

b) Ante una situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, situaciones que afecten la defensa o seguridad

⁷⁶ Artículo 26 del Decreto Legislativo 1444 - LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO. obtenido en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/ley-de-contrataciones-del-estado-y-reglamento>

⁷⁷ Cfr. Artículo 26 del Decreto Legislativo 1444 - LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO. obtenido en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/ley-de-contrataciones-del-estado-y-reglamento>

nacional, situaciones que supongan el grave peligro de que ocurra alguno de los supuestos anteriores, o de una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud.

c) Ante una situación de desabastecimiento debidamente comprobada, que afecte o impida a la Entidad cumplir con sus actividades u operaciones.

d) Cuando las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los organismos conformantes del Sistema Nacional de Inteligencia requieran efectuar contrataciones con carácter secreto, secreto militar o por razones de orden interno, que deban mantenerse en reserva conforme a ley, previa opinión favorable de la Contraloría General de la República.

e) Cuando los bienes y servicios solo puedan obtenerse de un determinado proveedor o un determinado proveedor posea derechos exclusivos respecto de ellos.

f) Para los servicios personalísimos prestados por personas naturales, que cuenten con la debida sustentación.

g) Para los servicios de publicidad que prestan al Estado los medios de comunicación televisiva, radial, escrita o cualquier otro medio de comunicación, según la ley de la materia.

h) Para los servicios de consultoría, distintos a las consultorías de obra, que son la continuación y/o actualización de un trabajo previo ejecutado por un consultor individual a conformidad de la Entidad, siempre que este haya sido seleccionado conforme al procedimiento de selección individual de consultores.

i) Para los bienes y servicios con fines de investigación, experimentación o desarrollo de carácter científico o tecnológico, cuyo resultado pertenezca exclusivamente a la Entidad para su utilización en el ejercicio de sus funciones.

j) Para la adquisición de bienes inmuebles existentes y para el arrendamiento de bienes inmuebles, pudiendo incluir en este último supuesto el primer acondicionamiento realizado por el arrendador para asegurar el uso del predio, conforme lo que disponga el reglamento.

k) Para los servicios especializados de asesoría legal, contable, económica o afín para la defensa de funcionarios, ex funcionarios, servidores, ex servidores, y miembros o ex miembros de las fuerzas armadas y Policía Nacional del Perú, por actos funcionales, a los que se refieren las normas de la materia. Esta causal también es aplicable para la asesoría legal en la defensa de las Entidades en procesos arbitrales o judiciales.

l) Cuando exista la necesidad urgente de la Entidad de continuar con la ejecución de las prestaciones no ejecutadas derivadas de un contrato resuelto o de un contrato declarado nulo por las causales previstas en los literales a) y b) del numeral 44.2 del artículo 44, siempre que se haya invitado a los demás postores que participaron en el procedimiento de selección y no se hubiese obtenido aceptación a dicha invitación. Esta causal procede aun cuando haya existido un solo postor en el procedimiento de selección de donde proviene el contrato resuelto o declarado nulo.

Puede invocarse esta causal para la contratación de la elaboración de expedientes técnicos de saldos de obra derivados de contratos de obra resueltos o declarados nulos conforme a lo indicado en el párrafo anterior.

m) Para contratar servicios de capacitación de interés institucional con entidades autorizadas u organismos internacionales especializados.”⁷⁸

⁷⁸ Artículo 27 del Decreto Legislativo 1444 - LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO. obtenido en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/ley-de-contrataciones-del-estado-y-reglamento>

CAPÍTULO 3

EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU CONFIGURACIÓN EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

3.1. El enriquecimiento sin causa en relación al Derecho Administrativo

El enriquecimiento sin causa, tal como hemos analizado anteriormente, es una figura que no es ajena al ámbito público, pues se ha presentado también, en la relación existente entre el Estado y las partes. De este modo, el enriquecimiento sin causa en el Derecho Administrativo es una figura ya acuñada⁷⁹; como principio ha sido utilizado para aspectos de la Administración Pública debido a su constante uso en el Derecho español y el italiano, entre otros.

La doctrina y la jurisprudencia italiana introducen el enriquecimiento sin causa ante el rechazo de la figura jurídica de la gestión de negocios ajenos, que se tornó necesaria ante la falta de una institución jurídica que acoja los supuestos donde los particulares realizaban la gestión de negocios ajenos en favor de la Administración pública⁸⁰.

El caso francés fue similar: adoptan la noción de enriquecimiento sin causa al extenderla a los supuestos de la gestión de negocios ajenos realizados por particulares en favor de la Administración pública⁸¹. Por otro lado, la

⁷⁹ Cfr. COSCULLUELA MONTANER, LUIS, op.cit., p. 185; SANCHEZ ISAC, JAIME, “El defecto de forma y el enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia contractual” en su: Estudios prácticos sobre contratación local, Civitas, Madrid, 1982, p. 257; BERMEJO VERA, JOSÉ, Derecho Administrativo. Parte Especial, Civitas, Madrid, 1994, pp. 962-964; REBOLLO PUIG, MANUEL, op.cit, p. 4.

⁸⁰ Sobre la evolución del enriquecimiento sin causa en el Derecho administrativo italiano, vid. REBOLLO PUIG, MANUEL, op.cit., pp. 47 - 52.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 52-56

jurisprudencia española contenciosa - administrativa fue inicialmente contraria a la aplicación del enriquecimiento sin causa. Solo se hacía mención a una regla o principio que prohibía el enriquecimiento sin causa, pero no existía norma legal que lo reconociera⁸². Por ello, la doctrina española será quien introduzca las primeras referencias sobre la institución jurídica. Sin embargo, por influencia de la doctrina italiana y francesa, la aplica a supuestos de gestión de negocios ajenos. Es así, que el enriquecimiento sin causa se consideró parte de los *cuasicontratos administrativos*.⁸³

Cabe aclarar, que la gestión de negocios ajenos es aquella figura por la cual una persona –llámese gestor- se encarga de un asunto de otra –dueño del negocio- en interés de ésta, sin que medie mandato alguno.⁸⁴

Por su parte, es necesario que, llegado a este punto y habiendo dejado en claro la figura del enriquecimiento sin causa, es vital estudiarlo desde el punto de vista del Derecho Administrativo, según el cual nos plantea dos puntos característicos que son: la ética y la buena fe, los cuales serán detallados a continuación:

La ética, como elemento referida a los funcionarios, es considerada como una ciencia de carácter normativo⁸⁵, ya que se ocupa de las normas de la conducta humana a tal punto que busca su generalización por medio de sistemas jurídicos que buscan prevenir desequilibrios en el seno de la sociedad que atenten contra la convivencia y el orden establecido. Dicho así, la ética y la integridad constituyen pilares básicos de cualquier gobierno, debido a que le otorga legitimidad a su gestión y garantiza su gobernabilidad, de ahí la importancia de implementar políticas que luchen por mantener esos valores que nos permiten vivir en comunidad. Lamentablemente, no siempre

⁸² Cfr. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, JOSÉ ANTONIO, op.cit., p. 17.

⁸³ Sobre el desarrollo del enriquecimiento sin causa en el Derecho administrativo español. vid. JANER Y DURAN, ENRIQUE, El enriquecimiento sin causa origen de instituciones administrativas, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1955, p. 27; ALVAREZ GENDIN, Sabino, Tratado general de Derecho Administrativo, Bosh, Barcelona, 1958, p. 357; GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo Parte General: Conclusión, con la colab. de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 26-33.

⁸⁴ Cfr. ARIÑO, Bárbara y FAUS, Manuel. Gestión de Negocios Ajenos. 2011. [Ubicado el 2.I 2019] Obtenido en: <https://practicos-vlex.es/vid/-434803630>

⁸⁵ ULLOA CORREDOR, Néstor Enrique, Ética y Contratación Estatal, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UPTC, Derecho y Realidad. N° 16, 2010, pp. 116-118

es posible lograr esta armonía, y en el caso que nos refiere, la gestión administrativa no resulta ajena a ello, pues es en la contratación estatal donde resulta más evidente la injerencia de estas prácticas corruptas, ya que mediante ella se ejecutan los recursos públicos destinados a las diferentes funciones del Estado; de manera que las áreas más sensibles son la contratación pública, la recaudación de impuestos y los nombramientos gubernamentales.

En las contrataciones estatales, los funcionarios encargados están facultados de llevarla a cabo siguiendo los lineamientos establecidos por ley, garantizando el cumplimiento del mismo y orientados por lo dispuesto a través de los principios (explicados en el capítulo anterior) para de esta forma seleccionar la oferta más favorable para el Estado.

Sin embargo, y como aporte personal no está de más recalcar que en nuestra realidad no es así, muchas veces éstos funcionarios violan los principios establecidos y deciden contratar a quien garantice el pago de un soborno, ocasionando así, una restricción de los oferentes y garantizando una elección determinada, alterando los términos de referencia sin darles la publicidad necesaria o elaborando condiciones amañadas a fin de que solo puedan acceder a la licitación los contratistas de su conveniencia.

Los recursos del Estado, son manejados a través de las contrataciones públicas, lo cual la convierte en un gran foco de corrupción y de prácticas que atentan contra los fines del Estado, el desarrollo económico y la calidad de vida de los gobernados.

Por otro lado, El Dr. Rodríguez Arana define la ética pública como la *“ciencia de la actuación de los funcionarios orientados al servicio público, al servicio de los ciudadanos”*, e indica que *“en una palabra, la Ética de la función pública es la ciencia del servicio público”*⁸⁶

La **buena fe**, es un principio constitucional creado con la finalidad de otorgarle a los particulares, un respaldo normativo en sus relaciones jurídicas con la

⁸⁶ RODRÍGUEZ ARANA, JAIME. “Sobre ética pública en la Administración Pública”, Anuario de Derecho Administrativo, Tomo IX, Año 2002, Pág. 59.

administración y los funcionarios que pertenecen a ésta. Dicho así, las personas deben tener un comportamiento honesto y leal evitando perjudicar al sujeto con quien se tiene una relación.⁸⁷

Este principio exige a la Administración pública mantener una actitud seria, honesta y ética en su relación con los administrados. Por ello, debe actuar tomando en cuenta las costumbres, los hábitos y el modo de vida que exterioriza la situación del administrado, no sólo debe mantener una actitud habitual. Así, la Administración pública actúa de acuerdo a los deberes y obligaciones que le corresponde por ley, sin sobrepasar ni exigir más de lo estrictamente necesario para la consecución del interés público⁸⁸.

Sin embargo, este principio no condiciona únicamente a la Administración a mantener un buen comportamiento, sino también al administrado. Por ello, cuando el administrado se perjudica como consecuencia del enriquecimiento sin causa producido en favor de la Administración, el principio de buena fe hará todavía más protegible la injusticia ocasionada. En consecuencia, dicho principio está muy vinculado al principio de enriquecimiento sin causa.

Siguiendo la vertiente de Revollo⁸⁹, no parece inoportuno ni excesivo afirmar que la equidad y la justicia material tienen en el Derecho Administrativo un papel más destacado que en el Derecho Civil, lo que sustenta mediante la sentencia del Tribunal Supremo español que señala que si en el Derecho privado se valoró más a la seguridad jurídica, en el Derecho administrativo va imponiéndose el principio de justicia porque no en vano las relaciones administrativas están influenciadas por la equidad y la buena fe.

Así, cuando un particular pretende contratar con el Estado, tiene como objetivo la satisfacción de sus necesidades como privado, las mismas que se encuentran orientadas a cumplir objetivos, a su crecimiento, como también a la generación de riqueza. Por su parte, el Estado busca también, satisfacer

⁸⁷ Cfr. LA VOZ DEL DERECHO. El Principio de la Buena Fe. 2017. [Ubicado el 2.I 2019] Obtenido en: <http://www.lavozdelderecho.com/index.php/actualidad-2/corrupt-5/item/5280-diccionario-juridico-el-principio-de-buena-fe>

⁸⁸ Cfr. SAINZ MORENO, Fernando. La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados. Revista de Administración Pública, N° 89, Mayo-Agosto, 1979, p. 59, 114-115, 131-135.

⁸⁹ REVOLLO PUIG, Manuel. El enriquecimiento injusto de la administración pública, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, pp. 77 – 78.

necesidades de la sociedad, las cuales siguen parámetros gubernamentales, es por ello que se asigna un presupuesto que, por provenir de fondos públicos, debe cuidarse y procurar que los gastos en que se incurran sean eficientes y oportunos. Tal es así que, por ejemplo, cuando la sociedad necesita servicios de salud pública, el Estado es el encargado de adquirir los medicamentos necesarios para la distribución en los diversos hospitales estatales; y esto implica que lo adquirido goce de buena calidad, buen precio y sobretodo que pongan al alcance de la población en el momento oportuno; todo esto a fin de procurar cubrir las necesidades de la población.

Además, el Estado debe cumplir en la medida que le sea posible, las expectativas necesarias para la satisfacción de la sociedad, esto es, que los bienes y/o servicios que como Estado adquiera y a su vez, brinde a la población sean de óptima calidad y precios adecuados, evitando que, por “abaratarse costos” opte por la peor alternativa ya que esto generará descontento en las personas que adquieran dicho servicio, además de generar informalidad que es lo más probable encontrar cuando se contrata servicios muy baratos y sin garantías; desatando no sólo la informalidad, sino también vulneraciones a derechos de los trabajadores, tales como los pagos correspondientes a las remuneraciones y otros beneficios legales; y, para el caso de los bienes la adquisición de éstos a precios muy por debajo de la competencia real, implica la falta de garantías, servicio técnico y casi siempre su vida útil es breve. Entonces, ante todo esto, se hace realmente evidente que el Estado busque conseguir el mejor valor por el dinero invertido.

Por ello, para evitar situaciones indeseadas, es necesario que, ante un dilema entre calidad y precio, por el que, en todas las ocasiones y en armonía a lo establecido por ley, las entidades públicas seleccionan al proveedor con el precio más bajo, se establezca un mayor balance entre el precio ofrecido y la calidad tanto del servicio como del producto. Al respecto, podemos manifestar que justamente esto, es la clave de la contratación pública, ya que, si nos vamos a la Ley de Contrataciones del Estado, encontraremos que la finalidad de la contratación es la satisfacción de las necesidades en las mejores condiciones tanto de precio como de calidad y que el Estado a través del sistema administrativo de abastecimiento busca justamente optimizar el

recurso público bajo un criterio de satisfacción de necesidad con una buena calidad y a un buen precio.

Entonces, bajo esta premisa, el OSCE entiende que el criterio del precio más bajo no siempre es el criterio que permitirá obtener la mejor satisfacción de la necesidad pública por ello ha previsto en ciertas actuaciones, criterios que coadyuvarán al operador de contratación pública a lograr la mejor condición que reúna estos dos supuestos.

A partir de lo dicho en el párrafo anterior, surge la obvia pregunta de ¿Qué criterios coadyuvan al operador de contratación pública?, y es aquí donde el Reglamento de la Ley 30225 en su artículo 51° nos enumera y explica los factores que se toman en cuenta en la evaluación, lo cual dice así:

“Artículo 51. Factores de evaluación

51.1. La Entidad evalúa las ofertas conforme a los factores de evaluación previstos en los documentos del procedimiento, a fin de determinar la mejor oferta.

51.2. En el caso de bienes y servicios en general, el precio es un factor de evaluación y, adicionalmente, pueden establecerse los siguientes factores:

- a) El plazo para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios;*
- b) Aquellos relacionados con la sostenibilidad ambiental o social, mejoras para bienes y servicios, entre otras;*
- c) Garantía comercial y/o de fábrica; y,*
- d) Otros factores que se prevean en las bases estándar que aprueba el OSCE.*

Los factores de evaluación señalados son objetivos.

51.3. En el caso de obras, el precio es un factor de evaluación y, adicionalmente, pueden establecerse aquellos relacionados con la sostenibilidad ambiental o social, entre otros que se prevean en las bases

estándar que aprueba el OSCE. Los factores de evaluación señalados son objetivos.

51.4. En el caso de consultoría en general o consultoría de obra, además del precio, se establece al menos uno de los siguientes factores de evaluación.

- a) Experiencia del postor en la especialidad;*
- b) La metodología propuesta;*
- c) Conocimiento del proyecto e identificación de facilidades, dificultades y propuestas de solución;*
- d) Aquellos relacionados con la sostenibilidad ambiental o social; y,*
- e) Otros que se prevean en las bases estándar que aprueba el OSCE.*

51.5. En el caso de consultoría en general, puede incluirse como factor de evaluación las calificaciones y/o experiencia del personal clave con formación, conocimiento, competencia y/o experiencia similar al campo o especialidad que se propone.

51.6. En el caso de Selección de Consultores Individuales, los factores de evaluación son:

- a) Experiencia en la especialidad;*
- b) Calificaciones; y,*
- c) Entrevista.”⁹⁰*

Por ello, los términos de referencia, que básicamente son los que establecen el marco de calidad en el cual se va a dirigir la contratación, son responsabilidad de las áreas usuarias, por lo tanto, no es que sea un problema netamente de dichos términos, que no se obtenga lo deseado pues, en algunos casos, los términos de referencia estuvieron bien estructurados pero si las demás actuaciones no fueron llevadas de acuerdo a ley o con

⁹⁰ Artículo 50 del Reglamento de la Ley 30225 - LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO. obtenido en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/ley-de-contrataciones-del-estado-y-reglamento>

criterios objetivos, razonables o proporcionales, probablemente se ocasionará una distorsión de dichos términos y no se conseguirá un producto de buena calidad a un buen precio.

Por ello, una de las herramientas que aseguran la obtención de un buen precio y buena calidad son, nuevamente los traemos a colación, los principios rectores de la contratación estatal pues éstos inspiran a la contratación pública y permiten actuar en búsqueda de la satisfacción de una necesidad, pero cumpliendo siempre los parámetros objetivos y de transparencia y en parámetros de oportunidad de mercado.

Otra de las herramientas sería el estudio de mercado con los términos de referencia, los cuales deben respetar en todos los casos, la normativa señalada, por ejemplo: en un servicio de vigilancia, los términos de referencia deben respetar la Ley de Seguridad y Vigilancia Privada, su Reglamento, la directiva que regula el uso de uniformes y armamento o la ley que regula la contratación de extranjeros. Por lo tanto, observamos varias normas que interactúan con las contrataciones y que, en su conjunto, cuando se aplican de manera integral, nos permiten regular justamente, el tema de los costos.

En este sentido, no es del todo cierto que no haya un control en la elaboración de los términos de referencia ya que hay medidas que previenen el desbalance entre precio y calidad que serían, por ejemplo, el respeto a las otras normativas, leyes o directivas. Otra medida para regular los términos de referencia es que éstos deben contener disposiciones objetivas, razonables y proporcionales

Una vez cumplida esta etapa de elaboración de los términos, continúa el estudio de mercado ante el cual surge como interrogante ¿cómo impedir que en esta etapa haya un abaratamiento innecesario de la contratación o cómo controlar la relación de precio – calidad? Aquí, necesariamente se debe recurrir a diferentes fuentes de cotización, obtenidas de proveedores que se dediquen al rubro según lo establece la ley, mediante la pluralidad de proveedores.

Finalmente, al momento de tener en cuenta los intereses de ambas partes, es resaltante señalar que ambos deben cumplir en actuar con buena fe y ética, regidos bajo el principio de moralidad⁹¹ en la consecución de sus intereses propios, no olvidando que las diversas actuaciones referidas a los procesos de selección de las entidades públicas se rigen bajo las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad según lo contemplado en el artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado.

3.2. El enriquecimiento sin causa en las Contrataciones del Estado

3.2.1. Enriquecimiento sin causa proveniente de la nulidad del contrato cuyas prestaciones se han ejecutado total o parcialmente

La nulidad del contrato administrativo es una categoría que es regulada por las contrataciones públicas, la misma que tiene como objeto corregir alguna actuación de las partes dentro de la formación de la voluntad para contratar, así como velar por el respeto del principio de juridicidad o de orden jurídico⁹². Lo cual podría conllevar a hacer efectivo el pago de las prestaciones que llegaron a ser ejecutadas y a contemplar el principio de equidad, tal como se mencionó en el segundo capítulo.

⁹¹ Respecto al principio de moralidad, es necesario analizarlo desde el punto de vista administrativo, esto es, moralidad administrativa como principio constitucional de la función pública. El concepto de moralidad administrativa de la función pública hace referencia al comportamiento del servidor público respetuoso de las formalidades y finalidades del bloque de legalidad y de los parámetros que rigen los principios, valores y normas que constituyen el ordenamiento jurídico. Estos principios y/o valores están orientados al "interés general". Asimismo, la moralidad administrativa, va de la mano con el principio de buena fe, ante lo cual, cualquier acto de corrupción dentro del proceso de contrataciones estatales es una degradación de este principio. Sobre este concepto el Consejo de Estado de Colombia nos dice:

[La moralidad administrativa] es el conjunto de principios, valores y virtudes fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos, que deben informar permanentemente las actuaciones del Estado, a través de sus organismos y agentes, con el fin de lograr la convivencia de sus miembros, libre, digna y respetuosa, así como la realización de sus asociados tanto en el plano individual como en su ser o dimensión social. En el campo de la moralidad administrativa existen conductas no solo generalmente aceptadas como inmorales, sino ilegales y hasta penalmente sancionadas, tales como el cohecho por dar u ofrecer, el tráfico de influencias y la celebración indebida de contratos.

⁹² MORÓN URBINA, Juan Carlos, La nulidad de oficio en el procedimiento administrativo, En: Manual de Actualización Administrativa, Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 26.

Cuando se suscribe un contrato a consecuencia de un proceso de selección, existe la posibilidad de que se declare la nulidad de oficio de dicho contrato por las causales⁹³ establecidas en el numeral 3 del artículo 44 de la recientemente modificada Ley de Contrataciones del Estado.

Tal y como establece el artículo 16° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el acto administrativo resulta ser eficaz a partir de su notificación al administrado.

Ahora, el asunto está precisar cuáles son los efectos de la nulidad del contrato.

Al respecto y como observación personal, tanto la normativa en contrataciones públicas como el Derecho común (Código Civil) guardan silencio, por lo que legalmente no se sabe cuál es el destino de las partes que han intervenido en la contratación, siendo la Entidad o proveedor y el contratista, una vez que el contrato haya sido declarado nulo por la autoridad competente. Si bien puede resultar fácil decir que las partes ya no quedan obligadas a la totalidad de las prestaciones a las que se habían comprometido inicialmente; el panorama se complica cuando existen prestaciones realizadas.

⁹³ Artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado.- Nulidad de los actos derivados de los procesos de selección (...) Después de celebrados los contratos, la Entidad podrá declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

- a) Por haberse perfeccionado en contravención con el artículo 11 de la presente Ley. Los contratos que se declaren nulos en base a esta causal no tienen derecho a retribución alguna con cargo al Estado, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.
- b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, previo descargo.
- c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.
- d) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguno de los supuestos que habilitan a la contratación directa. Cuando no se utilice los métodos de contratación previstos en la presente Ley, pese a que la contratación se encuentra bajo su ámbito de aplicación; o cuando se empleó un método de contratación distinto del que corresponde.
- e) Cuando por sentencia consentida, ejecutoriada o reconocimiento del contratista ante la autoridad competente nacional o extranjera se evidencie que durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, éste, sus accionistas, socios o empresas vinculadas, o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio indebido, dádiva o comisión. Esta nulidad es sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que hubiere lugar (...)

Haciendo un paréntesis, acudimos al Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General y parafraseando su artículo 12, tenemos que la declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operará a futuro. Respecto del acto nulo, los administrados no están obligados a su cumplimiento y, en caso de que el acto viciado se hubiera consumado o sea imposible retrotraer sus efectos, solo dará lugar a la responsabilidad de quien dictó el acto y en su caso, a la indemnización para el afectado.⁹⁴

Parafraseando la postura de Baca Oneto con respecto al tema de la nulidad, se entiende que de valerse de los artículos 219° y 2001° del Código Civil para los contratos públicos inválidos, tendríamos que cualquiera sería “nulo” y la acción tendría un plazo prescriptivo de diez años, a menos que se dé el caso de un vicio del artículo 221° del mismo código. Con lo que, el único límite estaría en el artículo 53° de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece el solicitar arbitraje antes de la culminación del contrato, lo que en realidad no tiene sentido respecto de controversias que giran en torno al acto que dio origen a la relación contractual, y que podrían plantearse incluso cuando ya hubiera sido ejecutado, culminando claro está con la restitución de las prestaciones entregadas.⁹⁵

Una solución similar en el derecho comparado. Para muestra un ejemplo: el artículo 1303° del Código Civil español deja sentado que “declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.”

⁹⁴ Cfr. Artículo 12 de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444. Obtenido en: http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/texto-unico.pdf

⁹⁵ Cfr. BACA ONETO, Víctor Sebastián. La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de contrataciones del Estado y su Reglamento, En: Círculo de Derecho Administrativo, Lima: PUCP, 2009, p. 84.

Después de esto, vemos que la normativa peruana, la doctrina y la legislación comparada apuntan a que el efecto de la nulidad es la restitución de las prestaciones realizadas al momento de declararse la nulidad. Creemos que esa es la línea que deben seguir los sujetos involucrados, a fin de evitar irregularidades. Sin embargo, mirando la realidad, puede que esto no sea siempre del mismo modo, pues surge la **interrogante ¿qué sucede cuando existe imposibilidad ya sea material o física y jurídica para la restitución de las prestaciones?** Aquí consideramos que sería oportuno que los sujetos involucrados restituyan en dinero el valor de la prestación ejecutada, de tal manera que, aunque no es lo ideal, es la forma más viable de evitar el enriquecimiento sin causa en desmedro de la otra parte.

Dicho así, nos enfocaremos en aquel supuesto que hace referencia a la nulidad del contrato debido a la verificación de la transgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato.

En el día a día se han dado situaciones en las que las entidades del Estado realizan la fiscalización posterior al momento en que el contrato ha sido aceptado e incluso se encuentra ya en ejecución y, en muchas oportunidades se ha comprobado la vulneración del principio de presunción de veracidad cuando ya se han llevado a cabo todas o parte de las prestaciones a cargo del contratista.

Por ello, es pertinente analizar dos cosas: primero si se efectuó o no el pago; y, como segundo punto, tener claro cuáles fueron las prestaciones a favor de la entidad para así determinar si corresponde la nulidad de oficio del contrato suscrito.

Respecto a ello, la Dirección Técnica Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado en su Opinión N° 021-2010/DTN, que señala que ese Organismo Supervisor absuelve consultas de carácter general sobre la normativa de contrataciones del Estado, por lo que, en vía de consulta, no puede pronunciarse sobre casos específicos; pero, sin perjuicio de ello, señaló que aun cuando en un

supuesto específico el contrato puede adolecer de un vicio que acarrea su nulidad, por circunstancias excepcionales, su declaratoria podría resultar perjudicial para el Estado, contrario al principio de eficiencia y al interés público o social involucrado en la contratación.

De lo mencionado en el acápite anterior, se entiende que la Dirección Técnica Normativa del OSCE llega a la conclusión que cuando una entidad pública, llega a verificar durante la ejecución del contrato la transgresión por parte del contratista, esto es, del principio de presunción de veracidad, le será propio evaluar si la declaratoria de nulidad de oficio afecta el principio de eficiencia y el interés público o social involucrado en la contratación, para así poder determinar si corresponde o no declarar la nulidad de oficio.

Si se llegara a juzgar como correcto el hecho de declarar la nulidad de oficio por parte de la entidad pública, es vital que ésta cumpla con realizar un análisis detenido evaluando que la consecuencia inmediata de esta decisión, en el caso de que las prestaciones estén parcial o totalmente ejecutadas, es que deba darse la muchas veces monetaria restitución a la otra parte, desembolso que por su cantidad o naturaleza puede ser una gran pérdida para la entidad pública, por lo que implicaría que dicha nulidad se encuentre debida y suficientemente motivada.

En contraposición a lo dicho en el acápite anterior, tenemos la Opinión N° 042-2010/DTN del Ministerio del Ambiente respecto del pago por las prestaciones ejecutadas por el contratista cuando el contrato es declarado nulo. La consecuencia de la declaración de nulidad es que los actos nulos son considerados actos inexistentes y, como tal, incapaces de producir efectos. Esta mera opinión resulta tener gran parentesco con la postura doctrinal de Guillermo Cabanellas, quien considera que la nulidad constituye tanto el estado de un acto que se considera no sucedido como el vicio que impide a ese acto la producción de sus efectos, y puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto, lo cual

comprende sobre todo la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto.⁹⁶

De esta manera, la declaración de nulidad de un contrato implica la inexistencia del mismo y la consiguiente inexigibilidad de las obligaciones contenidas en éste.

No obstante, esta visión varía un poco cuando encontramos que, al momento de la declaración de nulidad, ya se han ejecutado parte o el íntegro de las prestaciones acordadas en el contrato pues, ahí nace la duda respecto a si cabría exigir el reintegro correspondiente a dichas prestaciones.

Aunque nuestro Código Civil no lo trata con suficiencia, lo establece en el artículo 1954 “Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”.

Por lo tanto, vemos que el Código Civil reconoce a la acción de enriquecimiento sin causa como un “mecanismo de tutela para aquel que se ha visto perjudicado por el desplazamiento de todo o parte de su patrimonio en beneficio de otro. El primero, será el actor o sujeto tutelado y, el segundo, el demandado o sujeto responsable (...)”⁹⁷

Para mayor información respecto al enriquecimiento sin causa, el Tribunal de Contrataciones del Estado, mediante Resolución N° 176/2004. TC-SU, ha establecido lo siguiente: “(...) nos encontramos frente a una situación de hecho, en la que ha habido – aún sin contrato válido – un conjunto de prestaciones de una parte debidamente aceptadas - y utilizadas por la otra, hecho que no puede ser soslayado para efectos civiles. En este sentido, cabe señalar que, conforme al artículo 1954° del Código Civil, el ordenamiento jurídico nacional no ampara en modo alguno el enriquecimiento sin causa. En efecto, no habiéndose suscrito el contrato correspondiente, no ha existido fundamento legal ni causa justa para

⁹⁶ Cfr. CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, Buenos Aires, Heliastra S.R.L., 1981, p. 587.

⁹⁷ PAREDES CARRANZA, Milagros. *La inexistencia de contrato y la acción por enriquecimiento sin causa*, JUS, Doctrina & Práctica 7/2008, Lima: Editora Jurídica Grijley, P. 485.

dicha atribución patrimonial que sustente el enriquecimiento indebido en el que ha incurrido la Entidad, circunstancias que deberá ser ventilada por las partes en la vía correspondiente.”⁹⁸

Por tanto, una vez verificado el cumplimiento de la acción del enriquecimiento sin causa, el proveedor que se encuentre en la situación descrita bien podría ejercer la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente, la cual, según Opinión 007-2017/DTN-OSCE deben ser reconocidas por vía judicial⁹⁹; a efectos de requerir el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas a favor de la Entidad mediante una indemnización, situación en la cual, la autoridad que conozca y resuelva dicha acción probablemente reconocería que, en los hechos, la Entidad se habría beneficiado (enriquecido a expensas del proveedor) con las prestaciones ejecutadas en su favor, y, en aplicación de los principios generales que vedan la figura del enriquecimiento sin causa, ordenaría a la Entidad no solo reconocer el íntegro del precio de la prestación ejecutada y sus respectivos intereses, sino también las costas y costos derivados de la interposición de la acción.

Dicho así, el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas por el proveedor a favor de la Entidad debe considerar el íntegro del precio de la prestación ejecutada, cantidad que antes de la declaración de la nulidad del contrato habría sido la contraprestación o retribución del contratista.

En suma, la idea central que nos muestra la Opinión 007-2017/DTN-OSCE sobre la cual hemos hablado en párrafos anteriores, la Entidad, según la situación, será quien decida si reconocerá el precio de las prestaciones ejecutadas por el contratista de manera directa, o si esperará a que el proveedor perjudicado interponga la acción por enriquecimiento

⁹⁸ Tribunal de Contrataciones del Estado. Resolución N° 176/2004. TC-SU. Obtenido en: <http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/008-11%20-%20RENIEC%20%28Pago%20prestaciones%20ejecutadas...%29.doc>

⁹⁹ OPINION 007-2017/DTN-OSCE: “(...) el reconocimiento de 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 **no pueden ser sometidos a conciliación**, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la Ley y el Reglamento, correspondiendo, en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial, conforme lo dispone el último párrafo del numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley.”

sin causa ante la vía correspondiente. Ante lo dispuesto por esta opinión sería recomendable que para adoptar una decisión sobre el particular coordine con su asesoría jurídica interna, así como con su área de presupuesto.

Siendo de esta manera, podemos observar la contraposición entre la opinión precedente que refiere a la restitución del íntegro del precio el mismo que incluye a las utilidades con la Opinión N° 059-2009/DTN que esencialmente señala que se debe reconocer a favor del proveedor el costo de lo efectivamente ejecutado sin incluir la utilidad **por no existir título válido**.

Personalmente, consideramos que el pago debe efectuarse con arreglo a derecho, es decir, tenerse únicamente en cuenta el costo de la prestación que ha sido ejecutada sea total o parcialmente. Nuestra razón es muy simple y es que se debe tener en cuenta que se ha de restituir el valor de lo que ha gastado el proveedor y eso es lo único a lo que tendría derecho, no existe utilidad porque el contrato es nulo, entonces, al declararse la nulidad no hay título válido para reclamar o siquiera percibir las utilidades.

Por lo tanto, se apoya la postura que el hecho de no haber utilidades que retribuir y que esto es consecuencia directa de la nulidad que ha sido declarada algo totalmente aislado de ser una sanción. Sin embargo, sobre este punto del pago de utilidades consideramos que la entidad estaría obligada al pago de ellas siempre que la nulidad se haya dado por causa imputable a la entidad y, por lo tanto, haya generado un perjuicio patrimonial al proveedor. En este caso el pago de utilidades operaría bajo la figura del lucro cesante para el caso de la indemnización al contratista.

La realización del pago no es impedimento para que la entidad informe sobre las supuestas infracciones al Tribunal de Contrataciones del Estado, instancia que se encargará de analizar los hechos e imponer la sanción que corresponda; sin embargo, ha de tenerse en cuenta e insistimos que no hablamos de castigo, ya que tan solo se están aplicando las consecuencias derivativas de la nulidad.

Finalmente, es necesario indicar que el pago del precio en los casos en los que ha existido una declaración de nulidad de oficio cuando ya se han ejecutado prestaciones por parte del proveedor, puede ser visto como un incentivo maquiavélico para aquellos proveedores que de mala fe que buscan de cualquier forma obtener el pago, presentando documentos falsos o inexactos para obtener la buena pro de los procesos de selección; pero no se debe olvidar que ese aparente incentivo pierde su brillantez ante la posibilidad de una sanción inmediata.

3.2.2. Enriquecimiento sin causa como consecuencia de la ejecución de prestaciones adicionales sin que se cuente con la autorización previa que corresponda de acuerdo a cada caso

En el proceso de ejecución de un contrato referido a la adquisición de bienes y la prestación de servicios, puede suceder que se genere la necesidad de prestaciones adicionales de cuya realización dependa la correcta ejecución del contrato. Asimismo, puede ocurrir durante la ejecución de las obras públicas cuando las prestaciones adicionales estén directamente vinculadas a la finalidad del contrato original.

En las dos situaciones, cuando la entidad determine que necesita las prestaciones adicionales, será necesario que las apruebe previamente, para lo que deberá seguir los procedimientos establecidos en las normas legales vigentes durante la convocatoria del proceso de selección respectivo.

En tal sentido, la entidad requerirá la certificación presupuestal, así como la autorización de la instancia competente de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado y consiguientemente se suscribirá una adenda por el funcionario competente para tal fin. Cabe precisar que, en los casos de obras públicas donde las prestaciones adicionales superen el 15% del monto del contrato original, será necesario además la aprobación previa de la Contraloría General de la República.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Cfr. Artículo 206 del Reglamento de la Ley 30225 - LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO. obtenido en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/ley-de-contrataciones-del-estado-y-reglamento>

Las gestiones señaladas previamente son requisitos legales de los que no se puede prescindir para ejecutar prestaciones adicionales conforme a Ley; sin embargo, cabe cuestionarnos ¿qué pasará cuando dichas prestaciones adicionales se ejecuten sin que se hayan seguido las formalidades legales?, ¿acaso no corresponde retribuir al contratista por las prestaciones adicionales realizadas conforme a lo tácitamente aprobado por la entidad? Al respecto, consideramos, que existe un tipo de responsabilidad compartida, debido a que el contratista excede en su actitud de buena fe basado en el “respeto” y la confianza que le tiene al funcionario, quien liberalmente le pide continuar ejecutando con la promesa que más adelante obtendrá la autorización del adicional.

Por ejemplo: Un Gobierno Regional le dice al contratista que continúe ejecutando prestaciones adicionales y éste lo hace, confiando en la investidura que posee dicho Gobierno. Sin embargo, al momento que el funcionario acude ante el Ministerio de Economía y Finanzas para solicitar el presupuesto y pagarle al contratista, éste le niega por falta de presupuesto.

Señalamos que se trata de un silencio administrativo positivo porque el proveedor ha entregado los bienes adicionales, ha prestado los servicios adicionales o ha ejecutado los adicionales de obra y la entidad lo ha permitido, recibiendo los bienes, permitiendo que se presten los servicios y que se realice la ejecución de la obra adicional sin impedirlo de modo alguno; es decir, ha otorgado su consentimiento para la realización de dichos adicionales, aunque no de modo formal.

En este punto, cabe precisar que la entidad tiene la obligación de llevar un control de los bienes que ingresan a su almacén, así como de supervisar los servicios que se prestan y las obras que se ejecutan, por lo

Artículo 206. Prestaciones adicionales de obras mayores al quince por ciento (15%)

206.1. Las prestaciones adicionales de obras cuyos montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, luego de ser aprobadas por el Titular de la Entidad, requieren previamente, para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República. La determinación del referido porcentaje incluye los montos acumulados de los mayores metrados, en contratos a precios unitarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia la autorización de la Contraloría General de la República se emite previa al pago.

que no sería válido que el Estado, a través de alguna de sus entidades, sustentara que los bienes se entregaron sin su consentimiento o que los servicios o las obras fueron ejecutados sin su consentimiento o conocimiento; sin embargo, cuando esto ocurra en la práctica, corresponderá realizar el deslinde de responsabilidades con la finalidad de sancionar al funcionario público que actuó negligentemente.

Entonces, si este silencio administrativo positivo se ha dado y el contratista ha obrado de buena fe porque está satisfaciendo una necesidad de la entidad confiando en que esta actuará con la misma buena fe y además con ética, justicia y moralidad, consideramos que se debería pagar el monto de las prestaciones adicionales ejecutadas.

En este punto, es importante señalar que, conforme a lo establecido en la Opinión N° 059-2009/DTN, emitida por la Dirección Técnica Normativa del OSCE, a una entidad que se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, sólo la vinculan válidamente los contratos en los que el acuerdo de voluntades se ha formado conforme a los procedimientos establecidos en dicho cuerpo normativo y sus normas complementarias; pero, cuando la entidad se haya beneficiado con las prestaciones ejecutadas por el proveedor contratado de forma irregular, y en aplicación de los principios generales que vedan la figura del enriquecimiento indebido, es arreglado a derecho que ésta reconozca a favor del tercero el costo de lo efectivamente ejecutado sin incluir la utilidad por no existir título válido; sin perjuicio de la determinación de responsabilidades del funcionario o funcionarios involucrados en la contratación irregular.

Nos extraña que el OSCE se muestre a favor del reconocimiento del costo de las prestaciones ejecutadas pero que no reconozca que el proveedor haya actuado de buena fe, beneficiando a la entidad con ciertas prestaciones, lo que da lugar al pago respectivo incluyendo las utilidades, ya que no se debería responsabilizar al proveedor por las actuaciones irregulares de algunos funcionarios públicos.

Para aclarar el panorama mencionaremos a modo de ejemplo: el proveedor actuando de buena fe, le entrega los bienes adicionales solicitados por el funcionario de logística, todavía no se ha realizado ninguna adenda; sin embargo, este proveedor actúa sin mala intención y esperando que pronto se regularice la suscripción de la adenda. Por su parte, la entidad consume los bienes entregados por el proveedor, con lo cual quedaría descartado una posible devolución. Entonces, la autoridad con facultades para aprobar las prestaciones adicionales decide no hacerlo y las gestiones para la aprobación de las prestaciones adicionales se frustran. Esta situación podría perjudicar seriamente al proveedor si la entidad no reconoce el pago a su favor bajo el pretexto de no contar con un documento que lo respalde; pero, qué duda cabe, que el proveedor ha realizado prestaciones a favor de la entidad y conforme a lo expresado en la sección previa, el Derecho no ampara el enriquecimiento sin causa legítima por el que un sujeto se enriquece a expensas del otro. Entonces, consideramos que por todo lo expuesto corresponde realizar el pago; y no sólo reconocer el costo como señala el OSCE, sino pagar incluyendo utilidades. Puntualicemos, que los proveedores que contratan con el Estado no entregan bienes para recibir lo mismo, sino que además buscan la obtención de ganancias. Sin embargo, queremos dejar claro en este punto que para el cálculo de dichas utilidades debería tenerse en cuenta como parámetro de medición el Valor de Mercado, para así evitar que se genere una puerta abierta para supuestos de corrupción, donde no se reconozca una utilidad plena o deseada por el contratista, lo cual puede devenir incluso en subjetiva, sino respetando este parámetro de medición más objetivo, dejando en claro que este ha de ser utilizado siempre y cuando sea más razonable que el valor propuesto por la entidad.

En este punto es relevante citar como ejemplo el caso de una entidad pública nacional cualquiera en la que se esté ejecutando una obra y en plena ejecución el supervisor de la obra percibe que se requiere realizar una modificación al proyecto de la obra que constituye un adicional en beneficio de la entidad, por lo que lo ordena sin preocuparse de gestionar los trámites de ley; pero las realizaciones de dichas variaciones son de

conocimiento de la entidad. Esta omisión por parte del supervisor de ninguna manera debería ser óbice para que se pretenda no reconocer el precio que le corresponde al contratista por las variaciones en el proyecto original.

El Alto Tribunal español, siguiendo el criterio de Gómez de Mercado, señaló que:

“La aplicación del principio que veda un enriquecimiento injusto posibilita el reconocimiento de los contratos de obras de las reclamaciones por los excesos sobre el Proyecto que hubieren sido efectivamente ejecutados como consecuencia de órdenes de la Administración, por entender, en algunos casos, que no se producía alteración sustancial del proyecto, pero llegando en algún otro a afirmar, que si efectivamente fueron ordenadas las obras, los vicios existentes de competencia o procedimiento, al no ser imputables al contratista, no pueden oponerse a que él percibiese su importe, siempre que las órdenes se diesen por quiénes [sic] y del modo que para el contratista tuviese apariencia de efectiva potestad”¹⁰¹

Al respecto, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia, tiene una posición más radical puesto que señala tres razones de “interés público y particular” por las cuales es procedente la aplicación de la *actio in rem verso* con fundamento en la figura del enriquecimiento sin causa justa¹⁰²:

- a) “Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium construyó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el

¹⁰¹ GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. Manual de Contratación y responsabilidad de la Administración, Comares, Granada, 2004, pp. 736 - 737.

¹⁰² Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, *Responsabilidad Patrimonial del Estado fundada en el Principio de no Enriquecimiento sin Justa Causa*, enlace ubicado el [09. VI.2016], obtenido en: http://defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Documents/cartilla_n7.pdf

suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.

- b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.
- c) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.”

En el último supuesto, en nuestra doctrina, tenemos las llamadas situaciones de emergencia, en las cuales no hay tiempo para realizar el proceso de selección y por lo tanto se contrata por emergencia y en ese afán se omite siquiera promulgar la norma de declaración de emergencia. Menos mal la norma sí permite subsanar, pero con cargo a que el

Ejecutivo sustente la necesidad o urgencia de la contratación ante el Consejo Regional o ante los Regidores.

Asimismo, la misma Ley del Contrataciones del Estado contempla en su artículo 27 lo siguiente:

“Artículo 27. Contrataciones Directas

Excepcionalmente, las Entidades pueden contratar directamente con un determinado proveedor en los siguientes supuestos:

(...)

*b) Ante una situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, situaciones que afecten la defensa o seguridad nacional, situaciones que supongan el grave peligro de que ocurra alguno de los supuestos anteriores, o de una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud (...)*¹⁰³

En concordancia a lo anterior, el Reglamento de esta Ley profundiza lo siguiente:

“Artículo 100. Condiciones para el empleo de la Contratación Directa

La Entidad puede contratar directamente con un proveedor solo cuando se configure alguno de los supuestos del artículo 27 de la Ley bajo las condiciones que a continuación se indican:

a) Contratación entre Entidades

La Entidad que actúe como proveedor no debe ser empresa del Estado o realizar actividad empresarial de manera habitual. Se considera por habitual la suscripción de más de dos (2) contratos en el objeto de la contratación en los últimos doce (12) meses.

b) Situación de Emergencia

¹⁰³ Artículo 27 del Decreto Legislativo 1444 - LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO. obtenido en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/ley-de-contrataciones-del-estado-y-reglamento>

La situación de emergencia se configura por alguno de los siguientes supuestos:

b.1.) Acontecimientos catastróficos, que son aquellos de carácter extraordinario ocasionados por la naturaleza o por la acción u omisión del obrar humano que generan daños afectando a una determinada comunidad.

b.2.) Situaciones que afectan la defensa o seguridad nacional dirigidas a enfrentar agresiones de orden interno o externo que menoscaben la consecución de los fines del Estado.

b.3) Situaciones que supongan grave peligro, que son aquellas en las que exista la posibilidad debidamente comprobada de que cualquiera de los acontecimientos o situaciones anteriores ocurra de manera inminente.

b.4) Emergencias sanitarias, que son aquellas declaradas por el ente rector del sistema nacional de salud conforme a la ley de la materia.

En dichas situaciones, la Entidad contrata de manera inmediata los bienes, servicios en general, consultorías u obras estrictamente necesarios, tanto para prevenir los efectos del evento próximo a producirse, como para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, sin sujetarse a los requisitos formales de la presente norma. Como máximo, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien, o la primera entrega en el caso de suministros o del inicio de la prestación del servicio, o del inicio de la ejecución de la obra, la Entidad regulariza aquella documentación referida a las actuaciones preparatorias, el informe o los informes que contienen el sustento técnico legal de la Contratación Directa, la resolución o acuerdo que la aprueba, así como el contrato y sus requisitos, que a la fecha de la contratación no haya sido elaborada, aprobada o suscrita, según corresponda; debiendo en el mismo

*plazo registrar y publicar en el SEACE los informes y la resolución o acuerdos antes mencionados. Para la regularización de la garantía, el plazo puede ampliarse por diez (10) días adicionales. (...)*¹⁰⁴

De acuerdo con los dos artículos anteriores podemos deducir que En cualquiera de estos supuestos, la entidad puede contratar de inmediato los bienes, servicios en general, consultorías u obras estrictamente necesarias para atender la emergencia, y prevenir otros eventos, todo esto sin sujetarse a los requisitos formales de la presente norma como el contrato. Cabe añadir que la Situación de Emergencia es una decisión que asume la entidad pública, basada en un estado de emergencia general, donde intenta proteger la continuidad de sus operaciones y/o servicios. Al ser supuestos distintos, la Situación de Emergencia no requiere necesariamente la declaratoria del Estado de Emergencia, ni exige a las entidades de realizar el examen correspondiente a fin de determinar, bajo criterios técnicos, qué contrataciones (objeto, cantidad, plazo, entre otros aspectos) pueden realizar.

Es así como nos queda en claro que, en cierta Doctrina comparada, el tema del enriquecimiento sin causa es visto de distintas formas, como es el caso colombiano, existen cláusulas estricto sensu por las cuales se permite la aplicación de esta figura. Con respecto a las ejecuciones adicionales sin autorización previa, considera que debe existir un nuevo acuerdo para que surja la obligación que considera indispensable para el cumplimiento efectivo de la obligación inicial. Si la parte no actúa de este modo, y en su lugar ejecuta, unilateralmente, las prestaciones adicionales, con la esperanza de que le sean retribuidas, incurre en el error de creer que su conducta crea obligaciones para los demás, por bien intencionadas y útiles que sean las prestaciones que realizó. El tema es de teoría fundamental de las obligaciones: en los contratos se requiere el acuerdo

¹⁰⁴ Artículo 27 del Reglamento de la Ley 30225 - LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO. Obtenido en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/ley-de-contrataciones-del-estado-y-reglamento>

de voluntades para comprometerse y adquirir obligaciones exigibles de los demás.

Básicamente lo fundamenta en que el contratista –se insiste, salvo insinuación demostrada de la entidad– no puede actuar unilateralmente y crear obligaciones económicas para el Estado, que requerían de un contrato previo. De ser así, los acuerdos no se necesitarían para que las obligaciones nacieran en el derecho.¹⁰⁵

Finalmente, consideramos que lo más oportuno sería seguir la corriente de otros países, en el sentido de reconocer la potestad de autorizar las prestaciones adicionales a la misma Entidad con la cual se contrata. Pero si se busca la protección de los recursos del Estado, se podría condicionar que los adicionales de obra que superan el límite porcentual, sean autorizados por la misma OSCE. Ello si tomamos en cuenta, que este organismo sí es especializado en materias de contrataciones públicas. Además, no se perdería tanto dinero, ya que la OSCE cuenta con personal técnico calificado. Esta posible solución podría ir de la mano con el control posterior de la misma Contraloría General de la República. En la medida que después de la ejecución de las prestaciones adicionales, la Contraloría General de la República se encargue de evaluar la gestión y/o uso de los recursos del Estado¹⁰⁶.

3.2.3. Enriquecimiento sin causa ocasionado por la adquisición de bienes o servicios sin la suscripción del contrato respectivo

En este tercer punto, analizaremos casos en los que la entidad pública adquiere bienes o presta servicios sin mediar un contrato previo.

En este supuesto, surge la inquietud respecto al pago pues no existe ningún instrumento válido que respalde la entrega de bienes o prestación

¹⁰⁵ Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, *Responsabilidad Patrimonial del Estado fundada en el Principio de no Enriquecimiento sin Justa Causa*, enlace ubicado el [09. VI.2016], obtenido en: http://defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Documents/cartilla_n7.pdf

¹⁰⁶ Directiva N° 002-2010-CG/OEA.- Control posterior a cargo del Sistema Nacional de Control: En la ejecución de obras en las que se generan prestaciones adicionales, el control posterior se orienta a evaluar la gestión, captación y uso de los recursos públicos en los aspectos administrativo, técnico y financiero.

de servicios, pero no puede dejarse de lado el daño que se le hace a los proveedores en estos casos, pues muchas veces ellos cumplen diligentemente sus deberes mas no contaron con que existen funcionarios públicos que se descuidan de su labor y no gestionan a tiempo los contratos que ellos necesitan. En palabras simples, en este supuesto lo único que falta es el proceso formal de la suscripción del contrato al haber efectivamente los términos de referencia del mismo.

Entonces, recurriendo al principio de buena fe, por parte del proveedor cabe cuestionarnos ¿es justo que sea castigado? Definitivamente no, debemos partir desde la base, en este caso, el motivo por el cual un proveedor presta los servicios u otorga bienes haya sido por una necesidad indispensable para la entidad. Entonces no sería adecuado negarle el pago que por derecho le corresponde, aún sin que éste cuente con su respectivo contrato; más lo que si sería apropiado y deberíamos poner más énfasis en ello sería en el castigo a los funcionarios que actuaron de manera irregular.

Entonces, tenemos la siguiente situación donde no se haya realizado ningún proceso de selección. Vemos pues que es un caso muy grave pues, no existe ningún sustento para que se haya escogido al proveedor que haya ejecutado las prestaciones a favor de la entidad, por lo que ello ameritaría, previo análisis de los hechos, una sanción mayor para los funcionarios públicos involucrados, sin que ello implique que el proveedor deba sufrir las consecuencias.

Siguiendo lo establecido en la Opinión N° 059-2009/DTN:

“(...) en el derecho público el principio de legalidad posee una significación distinta a la de otros ordenamientos de naturaleza privada, en el sentido de sujetar la actuación de la administración pública a lo expresamente reconocido en las normas correspondientes. Sin embargo, en las conclusiones de dicha Opinión la Dirección Técnica Normativa del OSCE señala que en el caso que la entidad se haya beneficiado con las prestaciones ejecutadas por el proveedor contratado de forma irregular, y en

aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento indebido, es arreglado a derecho que ésta reconozca a favor, se tiene que las Entidades Públicas deben cumplir — necesariamente— con el procedimiento legal aplicable para la formación de voluntad de adquirir o contratar, a efectos de tener como válida la adquisición o contratación resultante.”

Esto nos quiere decir que para la realización de una contratación válida es necesario el cumplimiento de las disposiciones dadas por las leyes vigentes para tal fin, lo que implica la realización de un proceso de selección de manera oportuna y la suscripción de un contrato.

Sin perjuicio de no haberse realizado el proceso de selección correspondiente, la Dirección Técnica Normativa del OSCE a través de la Opinión N° 059-2009/DTN, señaló:

“(...) las prestaciones ejecutadas a favor de una Entidad al margen de un vínculo contractual válidamente constituido — vale decir, sin que haya mediado un proceso de selección que sustente la identificación del co-contratante—, son circunstancias ajenas al ámbito de aplicación de la normativa general de las contrataciones del Estado.”

Pero, en las conclusiones de dicha opinión, la Dirección Técnica Normativa del OSCE establece que en el caso que la entidad se haya beneficiado con las prestaciones ejecutadas por el proveedor contratado de forma irregular, y en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento indebido, es arreglado a derecho que ésta reconozca a favor del tercero el costo de lo efectivamente ejecutado sin incluir la utilidad por no existir título válido; sin perjuicio de la determinación de responsabilidades del funcionario o funcionarios involucrados en la contratación irregular.

Entonces, coincidimos en que, ante el enriquecimiento sin causa a favor de la entidad, es necesario que ésta pague por las prestaciones ejecutadas por el proveedor a su favor. Aunque creemos que debería

reconocerse el total de las prestaciones efectivamente ejecutadas de acuerdo a la cotización presentada por el proveedor para la adquisición del bien o la prestación del servicio.

Es relevante añadir que, en cuanto a este tercer supuesto, hay una culpa compartida entre la entidad y el contratista ya que ambos están incumpliendo la obligatoria observancia de las normas legales y reglamentarias en cuestión y todo lo que ellas disponen. Solo una circunstancia excepcional justificaría no observar el procedimiento establecido.

Finalmente, éstas son básicamente las tres situaciones más comunes que se dan en el día a día, por lo que su estudio es necesario para así poder determinar cuando estamos frente a un enriquecimiento sin causa y cómo es que se debe actuar ante ella. No es cierto pues, después de haber llegado a este punto, que los proveedores siempre buscan enriquecerse o en todo caso perjudicar a las entidades del Estado, sino que muchas veces éstos proveedores actuando con buena fe y transparencia llevan a cabo prestaciones que terminan en operaciones frustradas debido a la irresponsabilidad de algunos funcionarios, con lo cual deja un sinsabor para una futura contratación y sobretodo, restándole seguridad y confianza a las contrataciones que pueda celebrar el Estado con los particulares.

3.3. Propuesta de incorporación de la “Figura del Enriquecimiento sin Causa” en la Nueva Ley de Contrataciones del Estado N° 30225

El presente y último apartado pretende analizar la figura del enriquecimiento sin causa y su tratativa en nuestro marco legal, para tal efecto abordaremos diversos campos del derecho peruano con la finalidad de definir y justificar la propuesta tanto sustantiva y procesal.

Siendo clara la pregunta que está conectada a la razón de ser de este apartado, procedemos a decir que si bien este tema es meramente de Derecho Administrativo, al considerar por nuestra parte que es necesaria la inclusión de una nueva figura que resolvería un vacío normativo existente,

por lo que resulta necesario el citar tanto doctrina, normas y jurisprudencia de otras ramas del derecho para justificar de manera suficiente la utilización de esta figura como remedio ante esta vacuidad. Es en el mismo Derecho Administrativo donde hallamos la primera luz verde a esta técnica, ya que la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444 en el artículo VIII de su Título Preliminar en el cual se exhiben los principios que han de regir a este texto normativo, tenemos lo siguiente:

“Artículo VIII.- Deficiencia de fuentes

*1. Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes, en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, **a otras fuentes supletorias del derecho administrativo**, y solo subsidiariamente a estas, **a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad** (...)” [la negrita es nuestra]¹⁰⁷*

En vista a su aceptación a otras normas supletorias, vemos que la figura en cuestión es parte del Código Civil, y se puede convalidar su efectiva adaptación al campo administrativo al haber un puente entre el Derecho Administrativo y Civil en mérito al artículo anteriormente citado y el artículo IX del Código Civil que establece la aplicación supletoria de este código a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes.

Al darse esta mutua aceptación, la figura del Enriquecimiento Sin Causa tiene pase libre para ser adaptado al ámbito administrativo.

3.3.1. Parte Sustantiva

Para comenzar, tal como ha sido mencionado en acápites anteriores, nuestro Código Civil menciona en el artículo 1954 la figura del enriquecimiento sin causa como:

¹⁰⁷ Artículo VIII de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444. Obtenido en: http://spij.minius.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/texto-unico.pdf

“Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”

Y en el 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”

Podemos apreciar que nuestro ordenamiento jurídico le da a esta acción la característica de subsidiariedad, la misma que se entiende como la posibilidad de ejercer la acción de enriquecimiento sin causa sólo bajo las circunstancias de no contar con otro remedio jurídico para remediar el perjuicio producido. Lo cual nos indica que su finalidad es evitar el alcance abusivo de la acción a otros supuestos jurídicos. Por ello, la acción de enriquecimiento sin causa tendrá una función residual.

Ahora, dicha característica subsidiaria se encuentra reflejada en nuestra jurisprudencia nacional, pues analizando la Casación Civil Peruana N° 936- 5005 admite que la *actio in rem verso* no es procedente cuando la persona perjudicada puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización.

Por ello, nuestro ordenamiento jurídico a diferencia de otros países, acepta la subsidiariedad de la acción descrita, aunque no por ello todo esté unánime pues esta característica se debe comprender desde dos sentidos distintos:

- a) Subsidiariedad absoluta.- exige la no existencia de ninguna otra acción. no debe referirse sólo al momento actual, sino que no haya existido nunca. En ese sentido, aparece el principio de seguridad jurídica y la cosa juzgada como fundamento de esta visión absoluta de la subsidiariedad¹⁰⁸. Así las cosas, cuando la acción específica - nos referimos a la acción contraria a la de enriquecimiento sin causa - ha

¹⁰⁸ Cfr. LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, op.cit., p. 399.

prescrito, o no se empleó de forma adecuada, la acción de enriquecimiento sin causa tampoco podrá ejercitarse.

- b) Subsidiariedad relativa. - en cambio, esta subsidiariedad permite el ejercicio del enriquecimiento sin causa sólo cuando no exista otra acción en el mismo instante. No importa que haya existido otra acción específica en un momento anterior. Siendo así, si la acción específica ha prescrito o no se ejerció de modo adecuado, las circunstancias señaladas anteriormente no condicionan la aplicación de la acción de enriquecimiento sin causa.

De tal modo, consideramos que la subsidiariedad relativa de la acción de enriquecimiento posibilita escapar a las injusticias que podría provocar la visión de la subsidiariedad desde un plano tan absoluto¹⁰⁹. Así, una vez extinguida la acción específica, se debería abrir las puertas para ejercer la acción de enriquecimiento sin causa.

Ahora bien, el enriquecimiento sin causa, es visto desde el punto de vista del derecho administrativo como un principio cuya configuración nos ofrece una doble vertiente. El principio general se aplica de dos maneras diferentes. En primer lugar y de manera general, como un principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa justa para lo cual se cuenta con distintas instituciones jurídicas para su protección. Por otro lado, como principio que específicamente restituye los enriquecimientos sin causa, es decir, aquí se centra en una *actio in rem verso*, que permite la restitución de los enriquecimientos producidos a favor de la Administración Pública.

Siguiendo la generalidad de la institución jurídica del enriquecimiento sin causa, observamos que su esencia es la de un *supra concepto*, esto significa que puede ser aplicada a cualquier rama del ordenamiento¹¹⁰. Por lo que no tiene exclusividad con alguna área del ordenamiento en

¹⁰⁹ Cfr. MOISSET DE ESPANES, LUIS; op.cit., pp.16.18; BORDA, GUILLERMO, op.cit., pp. 522-523

¹¹⁰ Cfr. SANCHEZ ISAC, JAIME, op.cit., p. 249; COSCULLUELA MONTANER, LUIS, op.cit., p. 189; MARTIN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN, El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones, Civitas, Madrid, 1996; LOPEZ MENUDO, FRANCISCO, "Los principios generales del procedimiento administrativo", Revista de Administración Pública, N° 129, Setiembre-Diciembre, 1992, pp. 24-25.

particular. Por ello puede ser aplicado tanto en el ámbito civil como al Derecho Administrativo, sin que ello condicione su esencia general.

A pesar de ello, la aplicación de la figura del enriquecimiento sin causa en una rama específica permite que ésta adquiera sus propias particularidades¹¹¹ En ese sentido, no será igual su empleo en el Derecho administrativo que en el Derecho civil. Se trata de dos ramas jurídicas con sus propias normas y principios. Pero aun así no pierde parte de su esencia. Por ello, se puede identificar una parte común a toda rama jurídica, y por otro lado, cierta particularidad que permite distanciarla de sus homónimos.

En resumen, estamos frente a una norma general común de todo el ordenamiento con aplicación al Derecho Administrativo. En nuestro ordenamiento administrativo esta aplicación no se sustenta en norma expresa, siendo necesario acudir al Código Civil peruano a efectos de suplir esta laguna legal.

Puede, deducirse fácilmente que existe una aplicación supletoria del Código Civil al Derecho Administrativo, lo cual es una clara prueba de contradicción a la naturaleza de este Derecho pues siendo un *derecho común*, debería regular todas las situaciones que surgen dentro de la Administración pública sin tener que recurrir al Derecho privado¹¹².

Por otro lado, la institución del enriquecimiento sin causa es propia de la teoría general del derecho por lo que su aplicación es de manera general a cualquier rama del ordenamiento jurídico, sin embargo y precisando la propuesta, considerar la incorporación de esta figura del enriquecimiento sin causa, no afectaría su esencia.

Más bien, hablar de la incorporación de esta figura a nuestra Ley de Contrataciones del Estado supondría que ésta adquiera sus propias

¹¹¹ Las instituciones jurídicas reciben la influencia del campo jurídico en el cual habitan, adquiriendo sus propias particularidades. Con lo cual se distancian de los homónimos pertenecientes a otras ramas del derecho. Sin embargo, no pierden el sustrato o la esencia de la misma institución, vid. REBOLLO PUIG, MANUEL, op.cit., pp. 93 y 101.

¹¹² El Derecho administrativo es el derecho común de la Administración Pública.

características, pues siguiendo lo que nos dice Manuel Rebollo Puig, las instituciones jurídicas reciben la influencia del campo jurídico en el que habitan, adquiriendo sus propias particularidades. Esto es para evitar caer en la homonimia con las otras ramas del derecho. Sin que esto implique la pérdida de su esencia.¹¹³

Ahora, al analizar nuestra Ley de Contrataciones del Estado observamos que no dice nada sobre el enriquecimiento sin causa, por lo que existe actualmente un vacío legal que será necesario regular.

Con la presente tesis, se pretende incorporar la figura del Enriquecimiento sin causa a fin de conseguir la regulación necesaria para evitar una aplicación supletoria del Código Civil, asimismo se propone establecer los supuestos en los que podríamos estar frente a un enriquecimiento sin causa a fin de evitar un uso abusivo de dicha figura y finalmente establecer las posibles soluciones a las situaciones en las que se presente la figura mencionada.

Al respecto, José Montero – Wong, en su tesis afirma que la legislación administrativa no ha regulado el enriquecimiento sin causa para evitar una duplicidad del ordenamiento y por ello cree necesario que se recurra siempre al Código Civil ¹¹⁴

Sin embargo, consideramos que esto no es así pues, ya se ha dicho anteriormente, que cada figura al ser aplicado a distintas ramas del derecho no pierde su generalidad, sino que adopta ciertas particularidades propias del campo en el que sea aplicado, por ello al hablar de una incorporación de la figura del Enriquecimiento sin Causa en la Ley de Contrataciones del Estado no generaría una duplicidad, pues esto implicaría caer en el absurdo que por estar regulado una institución de manera general ésta ya no podría ser incorporado a cualquier otra ley correspondiente a alguna rama del derecho. Al respecto vemos que

¹¹³ Cfr. REVOLLO PUIG, Manuel. El enriquecimiento injusto de la administración pública, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, p. 77.

¹¹⁴ MONTERO WONG, José. *Supuestos de Enriquecimiento sin causa en los Contratos Públicos*, Tesis de pregrado en Derecho. Piura. Universidad de Piura. 2014. Pp. 36

dentro del Derecho Penal se encuentra incorporado el Principio de Legalidad, principio consagrado por nuestra Constitución, también ha sido incorporado en el Derecho Tributario sin que esto genere algún caos en el ordenamiento, sino que esta misma figura adopta las características de cada rama en la que se encuentre.

Es por ello que al hablar ahora sí más propiamente de incorporar el enriquecimiento sin causa a la Ley de Contrataciones, más allá de duplicar la figura, estaríamos frente a una especialización de esta, que por cierto no vendría mal pues al respecto la Ley no dice nada, entonces no sólo se estaría hablando de una especialización de la figura del enriquecimiento sin causa, sino también cubriendo un vacío legal ya que como se ha expuesto, la contratación estatal es muy especializada por lo que no le corresponde regirse por las mismas normas de buena fe del Código Civil por lo que es necesaria su incorporación para evitar que los funcionarios se hagan de la vista gorda y se aprovechen de su ausencia. Dicha regulación finalmente, la proponemos mediante un artículo específico, siendo el siguiente:

“Condiciones o Supuestos de Enriquecimiento sin Causa:

Se incurrirá en enriquecimiento sin causa cuando exista:

- a) Nulidad del contrato cuyas prestaciones se ejecuten parcial o totalmente y no se hayan pagado.*
- b) Cuando se ejecuten prestaciones adicionales sin autorización previa.*
- c) Cuando se ejecuten prestaciones sin que se haya suscrito el contrato respectivo.*
- d) Cuando se ejecute una contratación directa sin la observancia del procedimiento para su aprobación”*

3.3.2. Parte Procesal

Ahora, habiendo definido y justificado la parte sustantiva de la propuesta que se materializa en el artículo que nos precede, surge de inmediato la

necesidad de una vía adjetiva compatible con el Derecho Administrativo, la cual será justificada en este apartado y materializada en un párrafo que complemente al artículo de nuestra propuesta.

En primer lugar, tenemos el artículo 112° de la Ley del Procedimiento Administrativo General que nos habla de las formas de iniciación del procedimiento, diciendo así:

“Artículo 112°.- Formas de iniciación del procedimiento

*El procedimiento administrativo es promovido de oficio por el órgano competente o instancia del administrado, salvo que por disposición legal o **por su finalidad corresponda ser iniciado exclusivamente de oficio o a instancia del interesado**” [la negrita es nuestra]¹¹⁵*

En este caso, por misma finalidad de lo que se está solicitando correspondería únicamente al interesado o, en todo caso, a sus representantes legales el promover el procedimiento.

En segundo lugar, tenemos el artículo 115 de la misma ley que dice lo siguiente:

“Artículo 115.- Derecho de petición administrativa

Cualquier administrado, individual o colectivamente, puede promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo ante todas y cualesquiera de las entidades, ejerciendo el derecho de petición reconocido en el Artículo 2 inciso 20) de la Constitución Política del Estado.

*El derecho de petición administrativa comprende las facultades de presentar solicitudes **en interés particular del administrado**, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir*

¹¹⁵ Artículo 112 de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444. Obtenido en: http://spij.minius.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/texto-unico.pdf

informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia.

Este derecho implica la obligación de dar al interesado una respuesta por escrito dentro del plazo legal. (la negrita es nuestra)¹¹⁶

En este caso tenemos que resaltar que para nuestra propuesta también cualquier administrado individual o colectivamente podría iniciar por escrito este procedimiento ante la autoridad correspondiente que sería en este caso el Tribunal de Contrataciones del Estado y, por supuesto, en interés particular estando de conformidad con la naturaleza de la propuesta, para explicar mejor el interés particular tenemos al siguiente artículo:

“Artículo 116.- Solicitud en interés particular del administrado

*Cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa, para solicitar por escrito la **satisfacción de su interés legítimo, obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición.** (la negrita es nuestra)*¹¹⁷

Seguido, tenemos al artículo 122 que nos explica la parte formal así:

“Artículo 122.- Requisitos de los escritos

Todo escrito que se presente ante cualquier entidad debe contener lo siguiente:

1. Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería del

¹¹⁶ Artículo 115 de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444. Obtenido en: http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/texto-unico.pdf

¹¹⁷ Artículo 116 de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444. Obtenido en: http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/texto-unico.pdf

administrado, y en su caso, la calidad de representante y de la persona a quien represente.

2. La expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho.

3. Lugar, fecha, firma o huella digital, en caso de no saber firmar o estar impedido.

4. La indicación del órgano, la entidad o la autoridad a la cual es dirigida, entendiéndose por tal, en lo posible, a la autoridad de grado más cercano al usuario, según la jerarquía, con competencia para conocerlo y resolverlo.

5. La dirección del lugar donde se desea recibir las notificaciones del procedimiento, cuando sea diferente al domicilio real expuesto en virtud del numeral 1. Este señalamiento de domicilio surte sus efectos desde su indicación y es presumido subsistente, mientras no sea comunicado expresamente su cambio.

6. La relación de los documentos y anexos que acompaña, indicados en el TUPA.

7. La identificación del expediente de la materia, tratándose de procedimientos ya iniciados.”¹¹⁸

Después de este tenemos a las artículos subsiguientes que también aplicarían para la parte procesal de nuestra propuesta pero omitimos el exponer todos y cada uno para mantener la brevedad de este apartado.

En cuanto a los plazos para el procedimiento administrativo, la propuesta se registrará, en primer orden, por los plazos dispuestos por el artículo 141 y, en segundo orden, por el plazo máximo dispuesto en el artículo 151 del texto normativo citado con anterioridad.

¹¹⁸ Artículo 122 de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444. Obtenido en: http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/texto-unico.pdf

Las disposiciones de la ordenación e instrucción del procedimiento, la participación de los administrados, el fin del procedimiento y la ejecución de las resoluciones serán aplicables de igual manera al procedimiento administrativo en cuestión.

Por lo que el párrafo de la parte procesal quedaría de esta manera:

“El presente proceso será iniciado exclusivamente por el interesado quien lo promoverá, ya sea de manera individual o colectiva, mediante el escrito con las formalidades contempladas en el artículo 122 de la Ley del Procedimiento Administrativo General destinado al Órgano Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y que, en última instancia administrativa, sería resuelto por el Tribunal de Contrataciones del Estado. El procedimiento se regirá por lo establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General en la medida de que sea aplicable.”

CONCLUSIONES

- El Estado es un ente que necesita de particulares para realizar ciertos contratos para adquirir bienes, prestar servicios o ejecutar obras, sin que esto implique que, por tratarse de él, no existan irregularidades que devienen en enriquecimientos sin causa. Asimismo, las entidades públicas que se sujetan a las contrataciones estatales deben también seguir las formalidades necesarias que impone la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, y es entonces menester obligatorio de los expertos en derecho el mantener estas regulaciones objetivas, blindadas pero al mismo tiempo abiertas al cambio con el paso de los años para evitar su caída en desuso.
- El enriquecimiento sin causa es una figura jurídica que necesariamente implica la existencia de elementos como: enriquecimiento indebido de una de las partes, empobrecimiento correlativo de una de las partes y que exista una relación de causalidad entre el enriquecimiento y empobrecimiento. El enriquecimiento no sólo debe ser comprendido desde el alcance de un aumento del activo o disminución del pasivo, sino también implica el ahorro de gastos. Por otro lado, el empobrecimiento está abocado al detrimento patrimonial. Debe existir una correlatividad entre ambos requisitos. El enriquecimiento debe ser consecuencia del empobrecimiento, o a la inversa. La causa es el eje central del

enriquecimiento sin causa, y su falta se comprende como la ausencia de un fundamento justificante del enriquecimiento producido. Sólo cuando se configuran estos tres elementos se estaría frente a un caso de enriquecimiento sin causa.

- Actualmente, el Código Civil es el único que regula de manera expresa el enriquecimiento sin causa. En la rama del Derecho Administrativo no existe expresamente alguna norma que refiera a dicha figura jurídica, es por ello que siempre se recurre al Código Civil haciendo uso de la técnica de remisión de efectos con la finalidad de tutelar el derecho empobrecido. Sin embargo esto significa que la actual Ley de Contrataciones del Estado presenta un vacío legal con respecto a este tema, vacío que puede ser remediado gracias a la supletoriedad del Código Civil peruano y a la aceptación de otras fuentes por parte de la Ley del Procedimiento Administrativo General en este caso de deficiencia de fuentes.
- La acción de enriquecimiento sin causa es una institución que no puede ser aplicada de manera general a todos los casos en los que pueda apreciarse, sino que su aplicación debe ser excepcional y sólo en aquellos casos en los que existan prestaciones ya ejecutadas y que posteriormente el contrato haya sido declarado nulo, es entonces donde figura el enriquecimiento sin causa para obligar a la Entidad a responder por las prestaciones ya ejecutadas por el contratista, pero ya no como obligación del contrato pues este ha sido declarado nulo, sino como una manera de reconocer las ejecuciones a fin de evitar empobrecer al privado.
- En la situación en la que se hayan ejecutado prestaciones adicionales sin que se cuente con la autorización previa surge una obligación restitutoria del enriquecimiento producido a favor de la Entidad contratante. En este caso, la aplicación del enriquecimiento sin causa se aplica a favor del contratista en la medida en que pueda demostrarse que la Entidad mediante sus actuaciones haya aceptado si bien no dentro de un proceso formal, pero tácitamente que estaba de acuerdo con el actuar del proveedor. Todo ello en

cumplimiento del principio de buena fe. De igual manera ocurre cuando no se haya creado contrato alguno y la Entidad haya aceptado a su favor que el privado realce prestaciones o ejecute obras para su beneficio, será necesario que ésta reconozca a la otra parte los gastos generados por dichas prestaciones o servicios.

RECOMENDACIONES

- La institución del enriquecimiento sin causa no debe ser estudiado sólo como una regla moral. Es necesario que su estudio vaya más allá del plano abstracto y de analizar qué es lo justo e injusto. En el caso en concreto es de una gran importancia su toma en consideración como una herramienta jurídica esencial y de mucha utilidad para la resolución de muchos casos no solo del ámbito civil sino que trascienden a este y cuyo menoscabo acarrearían consecuencias terribles y extremadamente injustas.

- El *zeitgeist* actual nos ha demostrado con hechos y casos la deplorable situación de las Contrataciones del Estado que se ha convertido en un arma a favor de la corrupción y de la crisis moral que pone al descubierto una falla en el sistema y que por ninguna razón debe persistir ni quedar impune.

- Actualmente, el Código Civil es el único que regula de manera general el enriquecimiento sin causa, sin embargo, no plantea los supuestos en los que éste se presenta, por lo que debería ahondar este tema a fin de evitar su uso excesivo y arbitrario por parte de nuestros tribunales, asegurando de esta manera que aquellos que pasen por esta experiencia gocen de una total seguridad jurídica

que les de la confianza suficiente en nuestro sistema heterocompositivo de resolución de conflictos.

- Finalmente, es necesaria e imperativa la incorporación de la figura del enriquecimiento sin causa en la rama del Derecho Administrativo en especial para el tema en específico anteriormente expuesto con la finalidad de así poder identificar claramente cuando se presente una situación similar y proceder según los lineamientos establecidos, con lo que es de primer orden el remediar vacíos normativos como estos con las herramientas que nos proporciona nuestro ordenamiento jurídico siempre velando por la continuidad de la seguridad de nuestros ciudadanos y, para el caso en concreto de contrataciones, de la mejoría y estabilidad de nuestra economía.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

1. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José A.: *Curso de derecho de obligaciones*. Editorial Civitas, Volumen I, 1era edición, Madrid, 2000.
2. BACA ONETO, Víctor Sebastián. La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de contrataciones del Estado y su Reglamento, En: *Círculo de Derecho Administrativo*, Lima: PUCP, 2009, p. 84.
3. BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Editorial Emilio Perrot, Tomo II, 7ma edición, Buenos Aires, 1994.
4. BUJ MONTERO, Mónica. “*La Licitación Pública: Principios Generales, Contratos Administrativos*”, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires.
5. CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo III. Edición 26, Heliasta, Buenos Aires, 1998.
6. CASTILLO, Mario y SABROSO, Rita. *El arbitraje en la contratación pública*, Palestra, Lima, 2009.
7. COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de derecho administrativo*, tomo I, España- Madrid Editorial thomson civitas, décimo quinta edición 2004.
8. COSCULLUELA MONTANER, LUIS, op.cit., p. 185; SANCHEZ ISAC, JAIME, “El defecto de forma y el enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia contractual” en su: *Estudios prácticos sobre contratación local*, Civitas, Madrid, 1982, p. 257; BERMEJO VERA, JOSÉ, *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 1994.

9. DIEZ – PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa, Civitas, Madrid, 1988.
10. DROMI, Roberto en “*Derecho Administrativo*” en Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura, T.I, Buenos Aires, 2004.
11. FRAGA, Gabino en “*Derecho Administrativo*” Editorial Porrúa, 39 Edición, México, 1999.
12. GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. Manual de Contratación y responsabilidad de la Administración, Comares, Granada, 2004.
13. GONZALES SANDOVAL, Rodrigo, “*La Licitación Pública y el Contrato Administrativo. Aplicación y Medios de Defensa*”, México, Editorial Porrúa, 2008.
14. LASARTE, Carlos, “Principios de Derecho Civil”, Tomo 2º, “Derecho de Obligaciones”, 4ª edic., Edit. Trivium, Madrid, 1996.
15. LETE DEL RÍO, José Manuel. Derecho de obligaciones. Madrid: Editorial Tecnos, 1998. 3.ª Ed., vol. II.
16. LINARES, Juan, “*Valoración de los Sistemas de Selección del Contratista*”, en “*Contratos Públicos*”, Mendoza, Universidad de Mendoza, Universidad de Cuyo, 1980, Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo.
17. MORÓN URBINA, Juan Carlos, La nulidad de oficio en el procedimiento administrativo, En: Manual de Actualización Administrativa, Lima: Gaceta Jurídica, 2010.
18. ORAMAS GROSS, Alfonso. El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones. Edino, Bogotá, 1988.
19. PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas, Tomo IX, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
20. PERALTA ANDÍA, Javier Rolando y PERALTA ZECENARRO, Nilda. Fuente de las Obligaciones en el Código Civil, Idemsa, Lima, 2005.
21. REVOREDO DE DEBAKEY, Delia: Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Okura Editores, Tomo VI, Lima, 1985.
22. RUIZ-ELDREDGE, Alberto. *Manual de Derecho Administrativo*. 1era ed. Lima, Gaceta Jurídica, 2000.

23. SANTAMARIA PASTOR, Juan. “*Principios de Derecho Administrativo*”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Vol I, 3era Edición, Madrid, 2000.
24. SUESCÚN MELO, Jorge, “Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo”, 2ª edic., Legis, Bogotá, tomo I, 2003.
25. VON TUHR, Andreas. Tratado de las obligaciones. Traducido del alemán y concordado por W. Roces. Madrid: Editorial Reus, tomo I, 1934

TESIS

1. MONTERO WONG, José. *Supuestos de Enriquecimiento sin causa en los Contratos Públicos*, Tesis de pregrado en Derecho. Piura. Universidad de Piura. 2014.

ARTICULOS DE REVISTAS

1. GACETA JURÍDICA, “aspectos relevante de la nueva ley de Contrataciones del Estado”. *Actualidad Jurídica*. N° 249, agosto del 2014.
2. ARTEAGA ZEGARRA, Mario; artículo “*La Contratación Pública en el marco del TLC Perú-EEUU*” en revista Derecho & Sociedad, Año XVIII, N° 29, Lima, 2007.
3. CAMPOS MEDIDA, Alexander, “La arbitralidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos”. En: Revista Peruana de Arbitraje, N° 3, Lima, 2006.
4. CASTILLO FREYRE, Mario y MOLINA AGUÍ, Giannina, “Tienes más, tengo menos. Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del enriquecimiento sin causa”. En: Jus Doctrina & Práctica, N° 2, Lima, 2009.
5. LOPEZ MESA, Marcelo. *El enriquecimiento sin causa en el Derecho Actual. Las posibilidades y los límites de un instituto*

controversial. En revista: “Ley, Razón y Justicia”, Año 3, N° 5, 2009, Córdoba – Argentina.

6. PAREDES CARRANZA, Milagros. *La inexistencia de contrato y la acción por enriquecimiento sin causa*, JUS, Doctrina & Práctica 7/2008, Lima: Editora Jurídica Grijley.
7. SIRENA, Pietro, “La acción general de enriquecimiento sin causa: Situación actual y perspectivas futuras”, En: Revista Derecho y Sociedad, N° 20, Lima, julio, 2003.

RECURSOS ELECTRÓNICOS:

1. ABELIUK MANASEVICH, René. Teoría del enriquecimiento sin causa. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 191. [Ubicado el 10.V 2015] Obtenido en: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2010c/748/LA%20TEORIA%20DEL%20ENRIQUECIMIENTO%20INJUSTIFICADO%20O%20SIN%20CAUSA%20COMO%20FUENTE%20DE%20LAS%20OBLIGACIONES.html>
2. ALIAGA GASTELUMENDI, Hugo. “Principios en la Ley de Contrataciones del Estado” Gestión Pública y Desarrollo. [ubicado el 4.XI. 2015] obtenido en: http://www.gestionpublica.org.pe/plantilla/practx09/contrat_estado/2010/compest_10_24.pdf
3. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, *Responsabilidad Patrimonial del Estado fundada en el Principio de no Enriquecimiento sin Justa Causa*, enlace ubicado el [09. VI.2016], obtenido en: http://defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Documents/cartilla_n7.pdf
4. BORDA, Guillermo A.: Obra citada, página 519. Por su parte, Delia Revoredo dice que una de las características del enriquecimiento es que exista al momento de la demanda, “es decir, no debe haber sido eliminado antes” (obra citada, página 776). [Ubicado el 29.V. 2015] Obtenido en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista011/enriquecimiento%20injustificado.htm#_ftn6

5. ECHAIZ MORENO, Daniel. El desplazamiento patrimonial indebido (nueva caracterización jurídica del pago indebido) [ubicado el 25.V 2015]. Obtenido en: http://www.legalinfo-panama.com/articulos/articulos_34b.html
6. INSTITUTO DE CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS PÚBLICAS. Las modalidades de Contratación en la nueva ley de contrataciones. 2016. [Ubicado el 2.I 2019] Obtenido en: <http://incispp.edu.pe/blog/las-modalidades-contratacion-publica-la-nueva-ley-contrataciones-del-estado/>
7. LA VOZ DEL DERECHO. El Principio de la Buena Fe. 2017. [Ubicado el 2.I 2019] Obtenido en: <http://www.lavozdelderecho.com/index.php/actualidad-2/corrupt-5/item/5280-diccionario-juridico-el-principio-de-buena-fe>
8. MORALES HERVIAS, Rómulo, Las imperfecciones normativas de la nulidad del contrato en el Código Civil, Disponible en: <http://moraleshervias.blogspot.com/2007/07/las-imperfecciones-normativas-de-la.html>
9. OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la C. Derecho de Obligaciones. En: Selección de Guías de Estudio: Derecho. Cuba: Editorial Universitaria, 2011, p.5., [Ubicado el 04.VI 2015], Obtenido en: <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecapucpsp/Doc?id=10472866&ppg=5>
10. ORDOÑEZ, E., OLIVER, A. & PAJUELO, Alexander. *“Principios rectores de la Contratación Pública”* [ubicado el 5.XI. 2015] obtenido en: http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap2_m1_a.pdf
11. VALDEZ HUMBSER, Rocío. *Ley de Contrataciones del Estado*. [ubicado el 29.X 2015] obtenido en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/rociovaldez/2013/03/06/ley-de-contrataciones-del-estado/>

NORMATIVIDAD:

1. Ley de Contrataciones del Estado.
2. Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
3. Código Civil Peruano.
4. Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, 25/11/85, ponente: Sr. Serena Velloso, LL (Esp.) t. 1986-1, p. 901 (7285-R).