

El adicional de obra como materia no arbitrable. El adicional de obra es entendido como “[a]quella no considerada en el expediente técnico de obra, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional”⁵.

Más allá de las motivaciones legislativas que declararon su inarbitrabilidad, lo cierto y objetivo es que cualquier discusión sobre la aprobación o no de adicionales de obra no pueden ser sometidos a arbitraje. La pregunta es: ¿se puede extender el carácter no arbitrable a aquella disputa que guarde relación o derive de la aprobación de un adicional de obra?

A continuación se describe un caso que permite explicar la pregunta. La Entidad contrató al contratista para hacer una obra en 30 días. Durante la ejecución del contrato, la Entidad aprueba un adicional de obra. El contratista solicita una ampliación de plazo porque, la ejecución de dicho adicional, modifica la ruta crítica del cronograma de la obra general. La Entidad concede el pedido y otorga 10 días más de plazo; es decir, el plazo es ahora de 40 días. El contratista solicita a la Entidad el pago de mayores gastos generales⁶ por los 10 días adicionales ya que incurrió en costos no relacionados con el adicional sino con la obra en general (e.g., servicios de vigilancia en el terreno donde se ejecuta la obra). Frente a la negativa de la Entidad, el contratista inicia un arbitraje.

Pronunciamientos jurisdiccionales disímiles. La pregunta que formulamos en esta nota ha sido respondida de manera positiva. Frente un caso parecido al descrito, se ha considerado que sí se debía ampliar el carácter no arbitrable del reclamo de mayores gastos generales porque “[s]e encuentra íntimamente relacionada a un adicional de obra”⁷.

Al extender el carácter no arbitrable a supuestos no previstos expresamente en la ley se podría estar afectando no solo el principio de predictibilidad⁸ y la seguridad jurídica⁹,

⁵ Anexo 1 de Definiciones del actual Reglamento de la LCE, aprobado por D.S. 344-2018-EF.

⁶ Conforme a lo señalado en el Anexo 1 del actual Reglamento de la LCE, los mayores gastos generales “*son aquellos costos indirectos que el contratista efectúa para la ejecución de la prestación a su cargo, derivados de su propia actividad empresarial, por lo que no pueden ser incluidos dentro de las partidas de las obras o de los costos directos del servicio*”.

⁷ Considerando Vigésimo Quinto de la Resolución 12 del 27 de noviembre de 2017, emitida por la Segunda Sala Comercial de Lima en el Expediente 294-2017.

⁸ (...) *de acuerdo con el principio de predictibilidad, las entidades de la administración pública deben brindar a los administrados información veraz, completa y confiable sobre cada trámite o modo tal que puedan tener conciencia certera sobre su resultado final. Estos principios se encuentran regulados en los incisos 1.12 y 1.15 del Artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, y **constituyen una expresión del Principio Constitucional de Interdicción de la Arbitrariedad y del deber de transparencia de las entidades públicas en atención a las garantías inherentes al debido proceso al cual tienen derecho las personas.***: en la **Sentencia del Tribunal Constitucional N° 04012-2009-PHD/TC.**

⁹ “*El principio de seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, en las garantías que informa a todo el ordenamiento jurídico que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone la expectativa razonablemente fundada en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho*”: en la **Sentencia del Tribunal Constitucional N° 016-2002-AI/TC.**