



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

**FACULTAD DE DERECHO**

**Renuncia al cobro de los mayores gastos generales  
variables del contrato de obra pública**

Tesis para optar el Título de

Abogado

**Claudia Yanina Arrunátegui Reyes**

**Asesor(es):**

**Mgtr. Guillermo Andrés Chang Chuyes**

**Piura, setiembre de 2019**



### **Aprobación**

Tesis titulada “*Renuncia al cobro de los mayores gastos generales variables del contrato de obra pública*”, presentada por la bachiller en Derecho Claudia Yanina Arrunátegui Reyes, en cumplimiento con los requisitos para optar el título de Abogado, fue aprobada por el Director Mgtr. Guillermo Andrés Chang Chuyes.

---

Director de Tesis





## Dedicatoria

A mi familia por su apoyo incondicional y por ser mi ejemplo a seguir; a mi director de tesis por su tiempo y paciencia en este trabajo, y a mis amigos por estar siempre conmigo.





## Resumen Analítico-Informativo

**Título de tesis:** Renuncia al cobro de los mayores gastos generales variables del contrato de obra pública.

**Autor de la tesis:** Claudia Yanina Arrunátegui Reyes.

**Asesor de la tesis:** Mgtr. Guillermo Andrés Chang Chuyes.

**Tipo de tesis:** Tesis.

**Título que opta:** Abogado.

**Institución. Facultad:** Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

**Fecha de sustentación:** Piura, septiembre de 2019

**Palabras claves:** Contrato de obra pública / plazo contractual / ampliación de plazo / mayores gastos generales variables / renuncia / condonación.

**Introducción:** La presente tesis desarrolla la figura de los mayores gastos generales variables dentro de la normativa de contrataciones del Estado como una consecuencia derivada de una ampliación de plazo en el contrato de obra pública. No obstante, el OSCE ha considerado la posibilidad de la renuncia a los mayores gastos generales variables, lo que nos permite cuestionar si efectivamente estamos ante una renuncia como acto jurídico unilateral, o si debemos equipararla a alguna otra figura de materia civil que resulte aplicable, teniendo como referencia la necesidad de mantener el equilibrio económico del contrato de obra pública.

**Metodología:** Investigación dogmático – jurídica.

**Resultados:** Una vez realizado el trabajo de investigación se logró ubicar la figura de los mayores gastos generales dentro de la normativa de contrataciones del Estado, lo que permitió formular una crítica a la carente regulación existente y otorgada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado respecto al contenido de la renuncia; determinándose que la renuncia al cobro de los gastos generales variables debe ser considerado como una condonación.

**Conclusiones:** La posibilidad del contratista de renunciar al cobro de los mayores gastos generales variables debe ser considerado como una condonación, siendo su principal característica la bilateralidad de las partes y consecuentemente la necesidad del pronunciamiento de la Entidad para surtir efectos. Solo así se podrá evaluar el impacto de la renuncia en el contrato de obra, velándose por el interés público, la equidad y el equilibrio.

**Fecha de elaboración del resumen:** 01 de septiembre de 2019

## Analytical-Informative Summary

**Thesis Title:** Waiver of collection of further general variable expenses of the public works contract.

**Thesis author:** Claudia Yanina Arrunátegui Reyes.

**Thesis advisor:** Mgtr. Guillermo Andrés Chang Chuyes.

**Thesis type:** Thesis

**Degree to Gain:** Lawyer

**Institution. School:** Universidad de Piura. Law School

**Thesis defense Date:** Piura, september 2019

**Keywords:** Public works contract / contract deadlines /deadline extension/ further general variable expenses / waiver / release or remission.

**Introduction:** This thesis develops the figure of further variable general expenses within the State's contracting regulations as a result of an extension of the deadline in the public works contract. However, the OSCE has assessed the possible waiving of further general variable expenses, which allows us to question whether we are actually in front of a waiver as a unilateral legal act, or if we should equate it with any other civil matter figure which may be applicable, having as reference the need to maintain the economic balance of the public works contract.

**Methodology:** Dogmatic - legal research.

**Results:** Once the research work was carried out, it was possible to find the figure of the higher general expenses within the State's contracting regulations, which allowed providing a critique of the existing lack of regulation and granted by the Supervisory Agency of the State Contracting regarding the content of the waiver; finding that the waiver of the collection of variable general expenses should be considered as a release.

**Conclusions:** The possibility of the contractor to waive the collection of further general variable expenses should be considered as a release, having as its main characteristic: the bilateralism of the parties and consequently the need for the pronouncement of the Entity to take effect. Only in this way can the impact of the resignation on the construction contract be assessed, safeguarding public interest, equity and balance.

**Summary date:** September 01<sup>th</sup>, 2019

## Tabla de contenidos

<b>Introducción</b> .....	1
<b>Capítulo 1 Cuestiones preliminares</b> .....	5
1. El plazo en el contrato de obra y sus efectos .....	5
2. El contrato de obra y su impacto en el equilibrio económico.....	12
<b>Capítulo 2 Descripción del problema</b> .....	19
1. Oportunidad y condiciones para la renuncia al cobro de los mayores gastos generales variables .....	19
2. Plazo para someter la controversia a un arbitraje administrativo .....	23
3. Régimen jurídico según la actual jurisprudencia del OSCE.....	25
<b>Capítulo 3 Naturaleza de la renuncia a los mayores gastos generales variables</b> .....	31
1. La renuncia como acto jurídico .....	31
2. La diferencia con otras figuras civiles.....	37
3. Uso indebido de la renuncia para encubrir incumplimiento contractual .....	42
4. Crítica y propuesta.....	45
<b>Conclusiones</b> .....	53
<b>Referencias bibliográficas</b> .....	57
<b>Opiniones del OSCE</b> .....	61



## Introducción

Las contrataciones del Estado son una política pública que a través de procedimientos de selección busca contratar bienes, servicios o ejecutar obras, que pretenden beneficiar a todos los ciudadanos prevaleciendo el bien común de la sociedad.

La normativa de contrataciones del Estado, específicamente la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, se orienta a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultado.

Estas contrataciones se desarrollan como un medio en donde las partes (Administración Pública y administrados) pueden desarrollarse como miembros de una relación contractual, en donde participan de manera activa en los procedimientos de selección. En ese contexto, la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, presenta una serie de pautas y directivas dirigidas a un régimen de contratación pública eficiente y orientado hacia la gestión por resultados, buscando se efectúe de la manera más idónea la contratación estatal.

Para ÁLVAREZ ILLANES y ÁLVAREZ LLOSA, es un proceso sistemático e instrumental, que tiene como actividad principal la contratación de bienes, servicios y obras a través del desarrollo de los procedimientos de selección, que se inicia con su planificación y actos preparatorios y concluye con la formalización del contrato y la conformidad y liquidación de la prestación contratada<sup>1</sup>.

El artículo 1 de la Ley 30225, contempla como finalidad establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitiendo el cumplimiento de fines públicos y logrando una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos, en el marco de los principios que se enuncian en la normativa de Contrataciones del Estado y los principios generales del Derecho Público.

Los contratos de obra adquieren especial relevancia dentro de los contratos del Estado, toda vez que representan una inversión que tiene finalidad pública y que debe seguir los parámetros y directivas establecidas en la normativa de contrataciones del Estado. No obstante, si bien el contrato de ejecución de obra debe contar con un calendario de obra valorizado y de estricto cumplimiento, los tiempos durante la ejecución de obra pueden no ser perfectos resultando necesario solicitar una ampliación de plazo.

---

<sup>1</sup> Cfr. ÁLVAREZ ILLANES, J. y ÁLVAREZ LLOSA, R. *Manual Operativo de las Contrataciones del Estado*. Primera edición. Álvarez & Llosa Editores Consultores. Lima, 2017, p 13.

El otorgamiento de una ampliación de plazo da lugar al pago de mayores costos directos y a los mayores gastos generales variables como consecuencia económica de la aprobación de la ampliación del plazo de ejecución de un contrato de obra.

La idea del legislador de reconocer estos conceptos es buscar el equilibrio económico entre las partes que suscriben los contratos del Estado. Es decir, partiendo de la premisa que contratista/Estado no son partes que se encuentran bajo igual condición o estatus, se busca homogenizar las relaciones que surgen entre las partes y de esta manera lograr un equilibrio de prestaciones que se mantenga hasta la culminación del contrato, o que ante algún quebrantamiento del aludido equilibrio, existan mecanismos de compensación que permita al contratista resarcir la afectación que ha sufrido.

La posibilidad del contratista de renunciar al cobro de los mayores gastos generales variables no ha sido desarrollado por la Ley de Contrataciones del Estado y/o su reglamento, sino que por el contrario, es una figura que ha sido introducida por la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, quien a través de diversas opiniones ha considerado que el contratista puede renunciar a los mayores gastos generales variables en tanto constituye un derecho patrimonial de libre disposición.

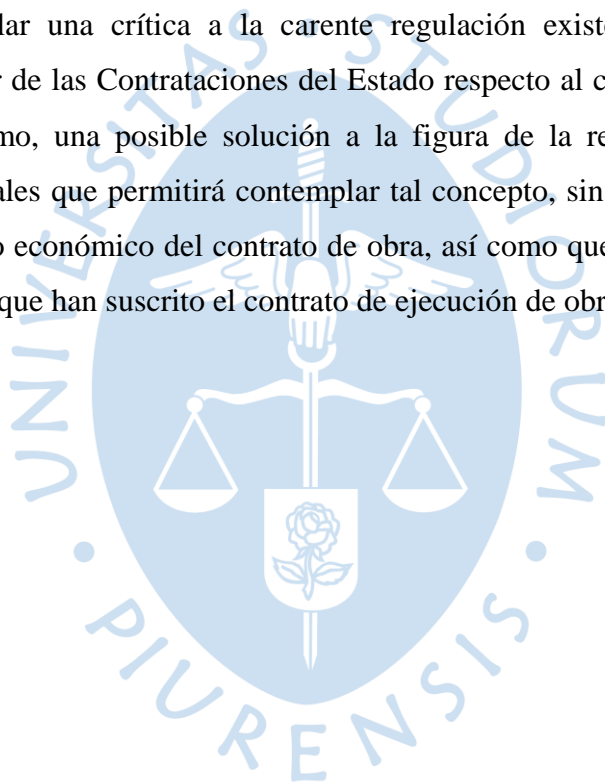
Sin embargo, más allá de aclarar y regular la figura de la renuncia, el carente análisis formulado por el referido organismo supervisor sobre las condiciones que deben seguirse para un correcto procedimiento, ha generado una serie de irregularidades que ponen en peligro el equilibrio económico entre las partes, perjudicando los derechos e intereses de los intervinientes en la suscripción del contrato de obra.

La falta de regulación respecto a la posibilidad del contratista de renunciar a los mayores gastos generales variables ha inspirado la elaboración de este trabajo de investigación que buscará realizar un análisis respecto a la naturaleza que la encubre, determinando la viabilidad o no de tal renuncia sin que vulnere el principio de equidad y equilibrio económico que debe existir en el contrato suscrito entre las partes. Además, este análisis me permitirá a la vez determinar si efectivamente estamos hablando ante una renuncia como acto jurídico unilateral contemplado en el Código Civil, o si deberíamos equipararla a alguna otra figura de materia civil que resulte aplicable ante este vacío jurídico.

La necesidad de definir y entender la figura de la renuncia al cobro de los mayores gastos generales variables, responde a que estos gastos son una consecuencia económica derivada de una ampliación de plazo que ha sido concedida por causas no imputables al contratista. Es un derecho otorgado por motivos que sobrepasan el ámbito de responsabilidad e imputabilidad del contratista. De tal forma que, reconocida tal ampliación, la única consecuencia lógica para

equiparar el equilibrio de las obligaciones contempladas en el contrato de obra pública es el reconocimiento de los mayores gastos generales variables como indemnización por el mayor plazo (no pactado o previsto a la suscripción del contrato) en el que el contratista deberá ejecutar la obra.

El primer objetivo será ubicar la figura de los mayores gastos generales variables dentro de la normativa de contrataciones del Estado como una consecuencia derivada de una ampliación de plazo y teniendo como referencia la necesidad del equilibrio económico del contrato de obra pública. Posteriormente se analizará la renuncia per se, la oportunidad y las condiciones en las que debe ser emitida tal manifestación, a efectos de no incurrir en posibles nulidades que perjudiquen a alguna de las partes intervinientes. Lo antes descrito a su vez conllevará a desarrollar una crítica a la carente regulación existente y otorgada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado respecto al contenido de la renuncia. Formulando, por último, una posible solución a la figura de la renuncia al cobro de los mayores gastos generales que permitirá contemplar tal concepto, sin vulnerar el principio de equidad y al equilibrio económico del contrato de obra, así como que tampoco perjudicará la voluntad de las partes que han suscrito el contrato de ejecución de obra pública.





# Capítulo 1

## Cuestiones preliminares

### 1. El plazo en el contrato de obra y sus efectos

Los contratos del estado son instrumentos por medio del cual la Administración Pública busca atender las necesidades de los administrados, sin pretender desvincular o contraponerse al interés privado. Según GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ, lo que se persigue con estos contratos es satisfacer de la mejor manera posible el interés general, brindando el servicio público en las condiciones que exijan en cada momento las necesidades públicas que el servicio está llamado a cubrir y de facilitar a la Administración las cosas muebles que ha menester<sup>2</sup>.

La actual normativa de contrataciones del Estado, no solo tiene la finalidad de maximizar el dinero del contribuyente logrando que las contrataciones realizadas por el Sector Público se realicen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de calidad y precio, sino que, según señala HERNÁNDEZ DIEZ, le añade otros elementos de trascendental importancia como es la gestión por resultados y la repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos<sup>3</sup>.

El contrato de obra como una materialización de satisfacción de la necesidad pública, ha sido definido por el Decreto Supremo N° 344 – 2018 – EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (RLCE), como: “Construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos”<sup>4</sup>; definición que bajo la promoción de la actuación bajo el enfoque de Gestión por Resultados (GPR)<sup>5</sup>, privilegia el cumplimiento de los objetivos sobre las formalidades no esenciales; es decir, la adecuación de los recursos, sistemas de gestión y estructura de responsabilidades, a un conjunto de resultados estratégicos precisos y definidos.

---

<sup>2</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E y RAMÓN FERNÁNDEZ, T. *Curso de Derecho Administrativo I*. Quinceava edición. Thomson Reuters. Navarra, 2011, p. 766.

<sup>3</sup> Cfr. HERNÁNDEZ DIEZ, S. Apuntes sobre la reforma en materia de Contratación Pública. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14392> (consultado 17/11/18).

<sup>4</sup> Trigésimo Octava definición del Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

<sup>5</sup> Se entiende la Gestión por Resultados como un enfoque de gestión del sector público cuya función es facilitar a las organizaciones públicas, la dirección efectiva e integrada de su proceso de creación de valor público a fin de optimizarlo, asegurando la máxima eficacia, eficiencia y efectividad de su desempeño, la consecución de los objetos de gobierno y la mejora continua de sus instituciones.

La Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, han dado especial desarrollo a los contratos de obras, pues a diferencia de otros contratos, implica una mayor inversión, complejidad e individualización de elementos fundamentales para la obtención de la obra como resultado per se. Es así, que dentro de aquellas particularidades que la caracterizan, existen ciertas obligaciones cuyo cumplimiento se llevan a cabo de manera posterior a la culminación del plazo de ejecución de la obra pública, surgiendo la necesidad de distinguir entre el plazo de ejecución y el plazo de vigencia.

El plazo de ejecución del contrato de obra se encuentra vinculado con el periodo en el que el contratista se obliga a ejecutar las obligaciones pendientes a su cargo una vez cumplidos los requisitos establecidos en el numeral 1 del artículo 176 del RLCE<sup>6</sup>, hasta la conclusión de la prestación pactada.

En el plazo de vigencia no basta con la conclusión de la prestación, sino que, en el marco de lo señalado por el numeral 1 del artículo 210<sup>7</sup> del precepto normativo antes descrito, esta se extiende hasta la liquidación y pago correspondiente.

Entonces, si bien el plazo de ejecución se encuentra comprendido dentro del plazo de vigencia del contrato de obra, la modificación del primero, inevitablemente traerá de manera posterior la modificación del segundo. Así lo ha manifestado la Dirección Técnico Normativa del OSCE, quien a través de su Opinión N° 045 – 2014/DTN, concluye: “Cuando la Entidad otorga una ampliación de plazo al contratista, debe entender que esta se encuentra referida al plazo de ejecución contractual, y que, en tanto el plazo de ejecución contractual está comprendido dentro del plazo de vigencia del contrato, este último también resultará ampliado”<sup>8</sup>.

La ejecución de una obra pública no tiene tiempos perfectos, pueden darse casos en los que el plazo puede verse afectado por alcances propios al contrato, toda vez que, como señala GARCÍA LAMAS: “(...) a medida que se realiza la obra, el plazo original de ejecución establecido en las bases de licitación necesita ser prorrogado por factores que el proyecto

---

<sup>6</sup> Artículo 176. Inicio del plazo de ejecución de obra: “Art. 176.1. El inicio del plazo de ejecución de obra rige desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones: a) Que la Entidad notifique al contratista quién es el inspector o el supervisor, según corresponda; b) Que la Entidad haya hecho entrega total o parcial del terreno o lugar donde se ejecuta la obra, según corresponda; c) Que la Entidad provea el calendario de entrega de los materiales e insumos que, de acuerdo con las bases, hubiera asumido como obligación; d) Que la Entidad haya hecho entrega del Expediente Técnico de Obra completo, en caso este haya sido modificado con ocasión de la absolución de consultas y observaciones; e) Que la Entidad haya otorgado al contratista el adelanto directo, en las condiciones y oportunidad establecidas en el artículo 181.”

<sup>7</sup> Artículo 210. Efectos de la liquidación: “210.1. Luego de consentida la liquidación y efectuado el pago que corresponda, culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo”.

<sup>8</sup> Numeral 3.1. de la Opinión N° 045 – 2014/DTN.

original no pudo prever, y que aparecen con posterioridad (...)»<sup>9</sup>, ya sea por responsabilidad de las partes o de manera extraordinaria.

En el caso que la ampliación se origine por causas extraordinarias, de conformidad con lo establecido en el artículo 197 del RLCE<sup>10</sup>, para RETAMOZO LINARES el contratista podrá solicitar una ampliación de plazo cuya procedencia estará condicionada a que el retraso se deba a causas no atribuibles al contratista, caso contrario estaríamos ante la figura de responsabilidad contractual por incumplimiento de obligaciones, la cual puede terminar en aplicación de penalidades, intervención económica, o resolución del contrato<sup>11</sup>.

El procedimiento establecido por la normativa de contrataciones del Estado para la ampliación de plazo obliga a la Entidad a emitir un pronunciamiento formal dentro de los veinte días hábiles de presentada la solicitud de ampliación de plazo. La no atención oportuna de la Entidad dentro del plazo señalado por el Reglamento, genera una aprobación automática a la solicitud y consecuentemente todos los efectos derivados de la aprobación.

La modificación del plazo contractual debe ser vista desde una perspectiva teleológica, toda vez que el contrato de obra busca obtener como resultado la obra en sí misma y no obras abandonadas o paralizadas.

Las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado no pretenden hacer imposible lograr el resultado querido, pues esto carecería de lógica e iría en contra del interés público, lo que busca es seguir un procedimiento adecuado y transparente, evitando irregularidades o arbitrariedades por parte del contratista o de la Entidad, permitiendo un mejor manejo de los fondos, maximizando el dinero del contribuyente e implementando una verdadera gestión por resultados.

El legislador faculta al contratista a solicitar una ampliación del plazo de ejecución del contrato de obra cuando se produzcan determinados eventos, ajenos a su voluntad, que

---

<sup>9</sup>GARCÍA LAMAS, G. *El Plazo en los Contratos de Obras Públicas*. Recuperado de [http://revistafiscalia.mop.cl/EnsayosJuridicos/Documents/El\\_plazo\\_en\\_los\\_contratos\\_de\\_obras\\_publicas.pdf](http://revistafiscalia.mop.cl/EnsayosJuridicos/Documents/El_plazo_en_los_contratos_de_obras_publicas.pdf) (Consultado el 18/01/18).

<sup>10</sup> A diferencia del Decreto Supremo N° 184 – 2008 – EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado derogado, que contemplaba cuatro causales para solicitar la ampliación de plazo: (1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista. 2. Atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad. 3. Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado. 4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado). El Decreto Supremo N° 350 – 2015 – EF, y posteriormente el Decreto Supremo N° 344 – 2018 – EF, no contemplan de manera taxativa los atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad, así como tampoco la figura del Caso fortuito o fuerza mayor (debidamente comprobado), pues se considera que la primera causal (“Atrasos y/o paralizaciones por causales no atribuibles al contratista”) recoge los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor, así como los atrasos y/o paralizaciones por causas atribuibles a la Entidad, pues éstos – en sí mismos – configuran situaciones no imputables al contratista.

<sup>11</sup> Cfr. RETAMOZO LINARES, A. *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y normas de control, Análisis y comentarios. Tomo II*. Onceava edición. Gaceta Jurídica. Lima, 2016, p. 275.

generen la variación de la ruta crítica del programa de ejecución de obra, y cuyas causales y procedimiento se encuentren contempladas dentro del artículo 197 y 198, respectivamente, del RLCE.

Como consecuencia de una ampliación de plazo, surge la necesidad de la modificación y actualización del contrato de obra respecto al cual se pretende variar el aludido plazo. De tal forma que, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, a través de su Anexo N° 1 – Definiciones, ha considerado pertinente diferenciar entre los conceptos del contrato, el contrato original y el contrato actualizado o vigente. El primero “es el acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica dentro de los alcances de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento”<sup>12</sup>. El segundo “es el contrato suscrito como consecuencia del otorgamiento de la buena pro en las condiciones establecidas en las Bases y la oferta ganadora”<sup>13</sup>. El tercero es “el contrato original afectado por las variaciones realizadas por los reajustes, prestaciones adicionales, reducción de prestaciones, o por ampliación o reducción de plazo, u otras modificaciones del contrato”<sup>14</sup>.

La normativa de contrataciones del Estado no establece como tal un mecanismo para la actualización del contrato original, sin embargo, resulta coherente que tal modificación se formalice mediante una Adenda que permita contemplar el nuevo plazo de ejecución del contrato de obra y consecuentemente su nueva fecha de culminación. La Adenda no otorga el derecho o el reconocimiento a la ampliación de plazo como tal, pues esta se otorgó mediante un acto administrativo (o automáticamente en los casos en que la Entidad no emitió pronunciamiento y se consintió la solicitud de ampliación de plazo); sino por el contrario, es simplemente una formalización de la modificación contractual, a causa de la ampliación de plazo reconocida al contratista, a fin de tener un contrato actualizado y vigente acorde a los reajustes realizados al contrato original.

La palabra adenda proviene del latín “*adenda*”, que significa “lo que ha de añadirse”. Se puede considerar a la adenda como un apéndice que agrega información a un contrato sin que exista la necesidad de redactar uno nuevo o dejar sin efecto el anterior. Permite hacer algún cambio o agregar alguna precisión, adecuando el contrato a la realidad de la obra durante su etapa de ejecución. La adenda nos permite fijar de manera formal un cambio que ha existido respecto al contrato de obra original, como es en este caso en concreto, la nueva fecha de término del plazo de ejecución del contrato de obra como consecuencia de una ampliación de

---

<sup>12</sup> Décimo cuarta definición del Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

<sup>13</sup> Décimo quinta definición del Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

<sup>14</sup> Décimo sexta definición del Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

plazo aprobada en favor del contratista. No es una renegociación del contrato. De tal forma que, si bien la normativa de contrataciones del Estado no contempla de manera taxativa la regularización del contrato original a través de una adenda, se entiende que esta figura es la más acertada a fin de actualizar el contrato vigente, y a su vez, mantener actualizado el expediente de obra.

El contrato es la principal forma de manifestación de libertad de las personas. Su suscripción nos remite a la premisa de que existen promesas hechas por cada una de las partes intervinientes del contrato, las cuales adoptan el carácter de cumplimiento obligatorio entre ellas. Por un lado, el contratista se obliga a realizar una serie de prestaciones en favor de la Entidad, mientras que la Entidad se obliga a cancelar la contraprestación pactada en favor del contratista. Sin embargo, en los contratos bajo la observancia de la normativa de contrataciones del Estado, las partes no son simples particulares. Por el contrario, una de ellas es el Estado en sí mismo; el cual, en el ejercicio normal de sus funciones cuenta con autoridad, soberanía y fuerza para imponer a los particulares dictados imperativos cuya observancia resulta de carácter obligatorio (siempre en búsqueda del bienestar común).

En ese contexto, el numeral 9 del artículo 34 de la LCE, de manera general establece que el contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual de acuerdo a lo que establezca el reglamento. Tal disposición resulta concordante con lo establecido en el numeral 1 del artículo 199 del RLCE, que de manera expresa señala: “Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra dan lugar al pago de mayores costos directos y mayores gastos generales variables, ambos directamente vinculados con dichas ampliaciones”, surgiendo de esta manera, la necesidad de diferenciar concretamente los mayores costos directos de los mayores gastos generales variables.

VELÁSQUEZ VELA advierte que los mayores costos directos son aquellos que se pueden asignar y relacionar con una actividad específica que forman de alguna manera parte de la obra física que se entrega al propietario, por ejemplo, excavación, concreto, encofrado, muro de ladrillo, etc.<sup>15</sup>. A diferencia de los gastos generales variables, que han sido definidos por el Anexo N° 1 – Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, como “aquellos gastos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y,

---

<sup>15</sup> Cfr. VELÁSQUEZ VELA, V. *Variación de Precio en los Contratos de Ejecución de Obra Pública*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/issue/view/1156>. p. 31 (Consultado 30/01/18).

por lo tanto, pueden incurrirse a lo largo de todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista”<sup>16</sup>.

En otras palabras, VÁSQUEZ MATILLA manifiesta que los costos directos se encuentran íntimamente relacionados con la actividad misma de la ejecución de la obra o con la realización del trabajo contratado (en el caso de una obra, hablaríamos de las partidas de que se compone el proyecto de obra)<sup>17</sup>; motivo por cual el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, advierte que estos deben encontrarse debidamente acreditados y formar parte de aquellos conceptos que integren la estructura de costos de la oferta económica del contratista o del valor referencia, según sea el caso. Mientras que, en el caso de los gastos generales variables, guardan relación con el tiempo de ejecución de la obra, y cuyo cálculo se determinará en función al número de días correspondientes a la ampliación, multiplicado por el gasto general variable diario que deberá ser presentada por el residente al inspector o supervisor según el trámite de pago establecido en el artículo 201 del RLCE, salvo en los casos de prestaciones adicionales que se aprueban para la ejecución de prestaciones adicionales de obra y que tienen calculados en su presupuesto sus propios gastos generales.

Las disposiciones contempladas en la normativa de contrataciones del Estado han ligado el concepto de los gastos generales variables casi de manera accesoria al tiempo de la ejecución del contrato de obra, debiendo recalcar que, tal como agrega VELÁSQUEZ VELA, estos gastos “no forman parte del precio que el contratista oferta”<sup>18</sup>, pues el contratista adquiere el derecho a su reconocimiento y cobro sólo cuando se presentan situaciones que lo determinen. Es decir, no solo basta que cumpla con una de las causales señaladas por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sino que además resulta necesario que estos eventos modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud de ampliación, las cuales son sobrevinientes a la celebración del contrato de obra pública, y que formará parte del precio final de la obra.

El pago de los mayores costos directos y gastos generales variables, ha sido contemplado a su vez por la Dirección Técnico Normativa del OSCE mediante Opinión N° 244 – 2017/DTN, quien advierte tal pago tiene como propósito reconocer el incremento en los costos y gastos que debe asumir el contratista como consecuencia del incremento del plazo de ejecución de obra por causas ajenas a su voluntad<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Vigésimo Novena definición del Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

<sup>17</sup> Cfr. VÁSQUEZ MATILLA, F.J. *La Modificación de los Contratos Públicos*. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2015. p.252.

<sup>18</sup> VELÁSQUEZ VELA, V. *op.cit.*, p. 33.

<sup>19</sup> Cfr. Cuarto párrafo del numeral 2.2 de la Opinión N° 244 – 2017/DTN.

La normativa previamente citada contiene disposiciones orientadas a evitar la afectación del equilibrio económico de las prestaciones asumidas por las partes, en aplicación de lo dispuesto por el Principio de Equidad contemplado en el literal i) del artículo 2 de la LCE, el cual establece que “Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad (...)”.

El numeral 7 del artículo 198 del RLCE, contempla como condición para el pago de los gastos generales variables, la obligación del contratista de presentar ciertos requisitos<sup>20</sup>, en un plazo no mayor de siete días contados a partir del día siguiente de la notificación al contratista del otorgamiento de la ampliación de plazo, a fin de que la Entidad pueda contar con una serie de herramientas necesarias para la correcta administración, control, ejecución del contrato y consecuente pago de los gastos generales variables en favor del contratista.

El pago de estos conceptos es una consecuencia económica de la ampliación de plazo orientada a mantener la relación de equivalencia y proporcionalidad que debe existir entre las prestaciones y derechos de las partes. La Dirección Técnico Normativa del OSCE, concluye a través de su Opinión N° 244 – 2017/DTN, que “(...) en ningún caso la presentación extemporánea de los referidos documentos puede ocasionar que el contratista pierda el derecho a cobrar los mayores gastos generales variables que deriven del incremento del plazo de obra por causas ajenas a su voluntad (...)”<sup>21</sup>. Precizando, que eso no significa que la Entidad no pueda evaluar la posibilidad de contemplar la aplicación de una penalidad cuando el contratista incumpla su obligación en el plazo establecido.

La propuesta de aplicar una penalidad al contratista que entregó de manera extemporánea los documentos necesarios para el pago de los gastos generales variables, nos remite a su vez a lo dispuesto por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado respecto a las penalidades en las contrataciones. Estas penalidades pueden ser divididas en penalidad por mora y otras penalidades. Así, según lo dispuesto por el Artículo 161, se podrá aplicar penalidad por mora cuando existe un incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales, las mismas que deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, mientras que el Artículo 163 establece se podrán aplicar penalidades distintas a la mora, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el

---

<sup>20</sup> Presentación al inspector o supervisor un calendario de avance de obra valorizado actualizado y la programación CMP correspondiente, la lista de hitos no cumplidos, el detalle del riesgo acaecido, su asignación así como su impacto considerando para ello solo las partidas que se han visto afectadas, en armonía con la ampliación de plazo concedida.

<sup>21</sup> Conclusión 3.1. de la Opinión N° 244 – 2017/DTN.

objeto de la contratación, debiendo establecerse la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto, y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado no contempla la existencia de una caducidad del derecho del contratista al cobro de los mayores gastos generales variables. Independientemente de que el contratista no presente la documentación o los requisitos en el plazo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, su no actividad o inacción para ejercerlo no parece eliminar como tal ese derecho reconocido o su facultad de reclamarlo. Lo que sí contempla es la posibilidad de la aplicación de una penalidad cuando el contratista incumpla su obligación en el plazo antes señalado, sin emitir mayor pronunciamiento o profundización respecto al tipo de penalidad que podría aplicarse a este supuesto en particular.

En definitiva, la idea de reconocer los mayores gastos generales variables del contrato de obra pública responde al hecho de que las causales que conllevaron a la modificación de la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud de ampliación, son causales ajenas a la voluntad del contratista, pues de no haber ocurrido estas, se hubiera culminado la obra en el plazo original establecido en el contrato. Así, de la misma manera que el legislador protege al contratista al no permitir que pierda su derecho al cobro de los mayores gastos generales variables, resulta sólo coherente entender la importancia que le toma el legislador a equilibrar las desigualdades de las partes y reconocer aquellos gastos adicionales en los que incurrió el contratista durante los días reconocidos en la ampliación de plazo.

## **2. El contrato de obra y su impacto en el equilibrio económico**

Los contratos suscritos entre las partes generan una serie de obligaciones y derechos que deben ser cumplidos de conformidad a lo establecido en las disposiciones que las contiene, salvo exista alguna excepcionalidad que impida el normal desarrollo de las actividades y que genere una serie de desequilibrios no contemplados anteriormente.

El artículo 1440 del Código Civil, señala que.

“si en los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, las prestaciones llegan a ser excesivamente onerosas por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicita el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. (...)”.

Entonces, si bien lo señalado responde a una regulación de contratos civiles, aplicado a la figura de la ampliación de plazo de ejecución de obra, se puede identificar básicamente dos premisas. La primera es que la ampliación de plazo procederá sólo cuando se deba a alguna de las causales contempladas en el artículo 197 del RLCE, las cuales responden a causales no imputables al contratista, es decir, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que no se debe a incumplimientos injustificados del contratista, y siempre que se siga el procedimiento contemplado en el artículo 198 del aludido Reglamento. La segunda premisa es que la ampliación de plazo genera una mayor contraprestación por parte del contratista que se había obligado por un plazo determinado en el contrato de obra, y que por causas no imputables deberá prestar servicios por un periodo adicional. Esta ampliación de plazo no sólo genera una modificación del contrato respecto al plazo de ejecución de obra, sino que además trae como consecuencia, entre otros, el reconocimiento de los mayores gastos generales variables que se encuentran directamente relacionados con el tiempo de ejecución de las prestaciones a cargo del contratista.

La excesiva onerosidad de las prestaciones se relaciona íntimamente con el principio de equidad señalado en la Ley de Contrataciones del Estado, por medio del cual se dispone 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. De tal forma que, la normativa de contrataciones del Estado establece que ante ciertas eventualidades imprevisibles al momento de la suscripción del contrato y no imputables al contratista, se conceda a éste la oportunidad de solicitar una ampliación de plazo del contrato de ejecución de obra, la misma que será analizada teniendo en consideración el procedimiento establecido de manera taxativa por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, y que la Entidad deberá reconocer, toda vez que la normativa es de obligatorio cumplimiento y resultan nulas las disposiciones o actos que se emitan en contravención a esta.

A efectos de reconocer o no una solicitud de ampliación de plazo, la Entidad deberá evaluar el cumplimiento de una serie de requisitos (causales y procedimiento), establecidos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, y que de advertirse el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el precepto normativo antes descrito, la única consecuencia lógica y jurídica es que la Entidad se encuentra en la obligación (y no en la facultad) de reconocer aquella ampliación de plazo, y consecuentemente todos sus efectos, pues el incumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado representa una vulneración expresa a la Ley, máxime si la Entidad se encuentra bajo la supervisión del Organismo

Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), la Contraloría General de la República (CGR) e incluso el Ministerio Público por la configuración de una omisión de actos funcionales.

Esta obligación recaída en la Entidad busca mantener la equidad entre las partes que suscribieron el contrato bajo ciertas condiciones, y que, por diversas circunstancias o eventualidades acontecidas a lo largo de la ejecución contractual, han llevado a un desequilibrio entre las prestaciones realizadas y los derechos adquiridos, evitándose a su vez, la excesiva onerosidad de las prestaciones.

GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ en su libro titulado “Curso de Derecho Administrativo I”, señalan que:

“el Derecho Administrativo coloca, junto a los privilegios, las garantías. Unas, de carácter económico (el pago del justo precio es requisito previo a la ocupación del bien expropiado, toda lesión en los bienes o derechos de un particular que resulte de la actividad de la Administración debe ser indemnizada); y otras de carácter jurídico (necesidad de observar un procedimiento, sistema de recursos administrativos y jurisdicción para controlar la legalidad de su actuación). El Derecho Administrativo, como Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas, está hecho, pues, de un equilibrio entre privilegios y garantías. En el último término, todos los problemas jurídicos-administrativos consisten en buscar ese equilibrio, asegurarlo cuando se ha encontrado y reconstruirlo cuando se ha perdido. En definitiva, de lo que se trata es de perseguir y obtener el eficaz servicio del interés general, sin mengua de las situaciones jurídicas, igualmente respetables, de los ciudadanos”<sup>22</sup>.

Por su parte, MONEDERO GIL precisa que la incorporación de voluntades privadas a la voluntad pública por la vía del contrato no presenta un paisaje homogéneo<sup>23</sup>, la desigualdad de las partes en el contrato del Estado rompe efectivamente el equilibrio subjetivo de que partió el Derecho civil al definir y regular este negocio como fuente de obligaciones recíprocas. También lo rompe la distinta naturaleza de los intereses en juego: público uno y privado el otro<sup>24</sup>.

Encontrar un equilibrio bidireccional en los contratos que crean, regulan, modifican o extinguen una relación jurídica dentro de los alcances de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento resulta de carácter fundamental, pues a pesar de que el Estado tiene una

---

<sup>22</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E y RAMÓN FERNÁNDEZ, T. *op. cit.*, p.57.

<sup>23</sup> Cfr. MONEDERO GIL, J. *op. cit.*, p. 87.

<sup>24</sup> *Ibid*, p.91.

posición privilegiada e imperativa, no puede actuar arbitrariamente y dejar de reconocer los derechos y obligaciones que surgen de ella. No debe olvidarse que el Estado no busca satisfacer intereses personales, pues su finalidad es lograr el bienestar y desarrollo del interés público, valiéndose muchas veces para ello del sector privado. El abusar de su posición privilegiada, no sólo crearía un panorama desalentador para los operadores económicos privados, sino que además repele la participación de ellos, limitando así, las inversiones de recursos financieros en obras a favor de la ciudadanía.

A efectos de poder entender propiamente la naturaleza de los contratos del Estado, resulta necesario diferenciar las particularidades y características de las partes que los integran y de esta manera entender la importancia del equilibrio económico en ellos.

Entonces, si bien es cierto el estatus de las partes contractuales y las obligaciones recíprocas entre ellas no pueden ser consideradas idénticas, éstas son – o al menos pretenden ser – equivalentes. El artículo 2 de la LCE contempla de manera taxativa una serie de principios que rigen las contrataciones del Estado y que sirven de criterio de interpretación para la aplicación de la Ley y el reglamento, de integración para solucionar sus vacíos y como parámetros para la actuación de quienes intervengan en dichas contrataciones. El literal i) del aludido artículo, define el principio de equidad como 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.

MONEDERO GIL considera tres elementos esenciales de estructura del vínculo negocial para hablar de un contrato del Estado: a) La voluntariedad para el particular del negocio a celebrar. b) La aceptación por la Administración de los precios y demás condiciones que manifiesta espontáneamente el mercado en los distintos negocios. c) El deber de cumplimiento de lo pactado y de indemnizar los daños y perjuicios en caso de incumplimiento. Si alguno de estos elementos padece en los negocios administrativos se debe establecer el equilibrio mediante soluciones sustitutorias que hagan aceptable la figura para el individuo<sup>25</sup>.

En los contratos Administrativos, específicamente en los contratos del Estado, a diferencia de los contratos civiles, las partes que la integran se encuentran en distinto estatus o posición: el Estado como organización rectora y cuyo poder lo ejerce en representación del interés general, y el particular que vela por sus propios intereses. Tales diferencias no representan en

---

<sup>25</sup> Cfr. MONEDERO GIL, J. *op.cit.*, p. 196.

sí mismo una incompatibilidad entre la idea de Estado – Contrato, sino que requiere la necesidad de buscar un equilibrio que equipare a ambas partes.

Así, a través del equilibrio económico contractual, se busca que la correspondencia entre las prestaciones se mantenga hasta la culminación del contrato, o que en su defecto, de existir algún quebrantamiento del equilibrio natural establecido en el contrato a lo largo de su ejecución, se compense mediante soluciones (muchas veces consistentes en indemnizaciones) que resulten aceptables por el contratista y proporcionales respecto a lo dejado de percibir y/o a la afectación sufrida.

Ha quedado establecido que la normativa de contrataciones del Estado contempla la posibilidad de que el contratista solicite la ampliación del plazo de ejecución del contrato de obra cuando se produzcan determinados eventos, ajenos a su voluntad, que generen la variación de la ruta crítica del programa de ejecución. Como consecuencia de ello, uno de los efectos derivados de la ampliación de plazo es el reconocimiento al contratista de los mayores gastos generales variables, que son aquellos gastos directamente relacionados con el tiempo de la ejecución y que por lo tanto pueden incurrirse a lo largo de éste.

Existe una accesoriadad entre los mayores gastos generales variables y el plazo del contrato de obra, pues la variación de uno (plazo), influye en el otro (gastos). En ese contexto, mediante Opinión N° 082 – 2014/DTN, la Dirección Técnico Normativa del OSCE señala que el pago de los gastos generales variables al contratista responde a una consecuencia económica de la aprobación de la ampliación del plazo de ejecución de un contrato de obra, con el objeto de reconocer los mayores costos indirectos que debe asumir el contratista, derivados del incremento económico del plazo de ejecución de obra por causas ajenas a su voluntad, evitándose, de esta manera, la afectación del equilibrio económico de las prestaciones asumidas por las partes, en aplicación de lo dispuesto por el Principio de Equidad.

GUZMÁN NAPURÍ contempla que el principio de equidad preceptúa las prestaciones y derechos de las partes que deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general. La existencia de determinadas prerrogativas a favor de la Administración no puede afectar el beneficio esperable del contratista, el que debería obtener por lo menos similares beneficios a los que obtendría contratando con sujetos provenientes de la actividad privada<sup>26</sup>.

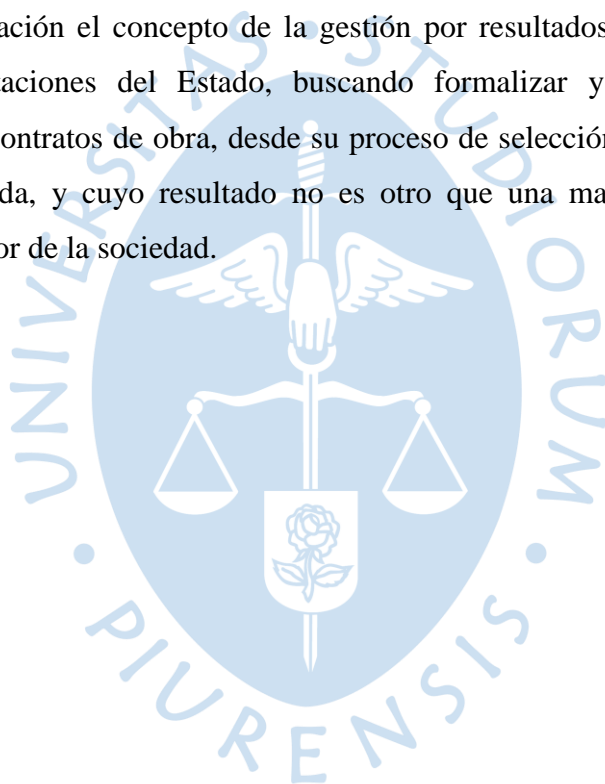
---

<sup>26</sup> Cfr. GUZMÁN NAPURÍ, C. *Las Contrataciones del Estado: Función del contrato administrativo, principios y entes rectores en la Ley de Contrataciones y su Reglamento*. Gaceta Jurídica. Lima, 2017, p. 86.

La idea del legislador al reconocer el pago de los gastos generales variables, responde a la búsqueda del equilibrio económico entre las partes que se han obligado al momento de la celebración del contrato y que debe permanecer equivalente hasta la culminación del mismo.

Ampliado el plazo de ejecución del contrato, sólo resulta sensato que el contratista que deberá trabajar mayores días a los contemplados en el contrato original, reciba el pago de los gastos directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra, máxime si la ampliación de plazo contractual se deriva de causas no imputables a éste.

Lo antes descrito, responde a su vez, a que el Estado busca satisfacer las necesidades del interés público, de tal manera que su actuar y las decisiones que toma no las realiza para un bienestar en sí mismo a costa de la otra parte, sino que lo hace en pro de la sociedad. Teniendo en consideración el concepto de la gestión por resultados que envuelve la actual normativa de contrataciones del Estado, buscando formalizar y garantizar el efectivo cumplimiento de los contratos de obra, desde su proceso de selección hasta la liquidación de la prestación contratada, y cuyo resultado no es otro que una manifestación tangible del Estado como benefactor de la sociedad.





## Capítulo 2

### Descripción del problema

#### 1. Oportunidad y condiciones para la renuncia al cobro de los mayores gastos generales variables

A raíz de una ampliación del plazo de ejecución de una obra surge la obligación de la Entidad de pagar los gastos generales variables al contratista, así como, el derecho del contratista a cobrar dicho concepto siempre que se cumpla con la condición advertida por el legislador en el numeral 7 del artículo 198 del RLCE.

Sin embargo, ni la Ley ni el Reglamento contemplan la existencia de un plazo de prescripción para el cobro de su derecho adquirido; pues, a pesar que se ha establecido un plazo que no puede exceder de los siete días contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación al contratista de la aprobación de la ampliación de plazo para que este último cumpla las condiciones señaladas, la no entrega de la documentación en el plazo – o en otras palabras la entrega extemporánea de éstos – no constituye una pérdida del derecho del contratista al cobro de este concepto.

Este derecho otorgado al contratista ha sido reconocido por el Órgano Supervisor como un derecho crediticio pasible de renuncia, precisando que: “(...) toda vez que el derecho a cobrar los mayores gastos generales originado por la aprobación de una ampliación de plazo es un derecho de crédito del contratista y, en consecuencia, de su libre disposición, este podría renunciar al mismo, una vez aprobada la ampliación del plazo; máxime si la normativa de contrataciones del Estado no ha prohibido tal renuncia, ni se vulnera alguna norma imperativa o de orden público. En esa medida, el contratista, libre y voluntariamente, sin que exista coerción o algún vicio al manifestar su voluntad, puede renunciar al pago de los mayores gastos generales variables”<sup>27</sup>. Así, los únicos límites establecidos para que el contratista pueda renunciar al cobro de los mayores gastos generales variables, es que la manifestación de renuncia sea libre y voluntariamente, sin que exista coerción<sup>28</sup> o algún vicio al manifestar su voluntad.

La Dirección Técnico Normativa del OSCE, en su calidad de responsable de establecer los criterios técnicos legales sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, introduce la figura de la renuncia al cobro de los mayores gastos generales variables

---

<sup>27</sup> Numeral 2.2 de la Opinión N° 012 – 2014/DTN

<sup>28</sup> Véase diccionario de la Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, “coerción”, en su primera acepción, significa “*Presión ejercida sobre alguien para forzar su voluntad o su conducta*”, recuperado de <https://dle.rae.es/?id=9eG7FU2> (Consultado 11/11/18).

otorgados en favor del contratista a raíz de una ampliación de plazo de ejecución contractual. Figura que no se encuentra expresamente regulada en la Ley de Contrataciones del Estado y/o su Reglamento, precisando sólo la necesidad que esta manifestación sea libre y voluntaria sin que exista coerción o vicio en la manifestación de la voluntad del contratista que renuncia a su derecho, sin otorgar mayor detalle respecto a las condiciones que debe cumplir o a la forma en la cual se podrá medir o probar tales vicios.

La normativa de contrataciones del Estado señala que uno de los efectos de la modificación del plazo contractual es el pago de mayores gastos generales variables<sup>29</sup>, mas no regula de manera expresa la posibilidad y/o procedimiento a seguir para la renuncia a este concepto, dejando un gran vacío jurídico respecto al ‘cómo’, ‘cuándo’ y ‘dónde’ de esta figura. No obstante, independientemente de que no se encuentre expresamente recogido en la Ley de Contrataciones del Estado y/o su Reglamento, bajo la premisa jurídica de que lo que no está prohibido está permitido; aunado a los diversos pronunciamientos de la Dirección Técnico Normativa del OSCE, el contratista a raíz de su libre disposición puede renunciar a su derecho de cobrar los mayores gastos generales variables, en tanto se haga de manera libre y voluntariamente, sin que exista coerción o algún vicio en la manifestación de su voluntad.

A fin de que la renuncia sea válida y eficaz para todos sus efectos, resulta fundamental identificar el momento idóneo que tiene el contratista para la renuncia al reconocimiento y pago de los mayores gastos generales variables producto de una ampliación de plazo de ejecución de obra, y así brindar seguridad jurídica a la Entidad ante posibles controversias futuras.

Si bien es cierto la renuncia debe ser libre y voluntaria, sin que exista coerción o algún vicio de manifestación de la voluntad (conceptos que desarrollaré más adelante), esta renuncia se da a un derecho de crédito del contratista que se origina con la aprobación de la ampliación de plazo de ejecución de obra y, por tanto, sólo puede efectuarse con posterioridad a la obtención de dicho derecho.

Tal postura ha sido contemplada por la Dirección Técnico Normativa del OSCE, a través de las Opinión N° 012 – 2014/DTN (22/01/14), Opinión N° 014 – 2014/DTN (23/01/14) y Opinión N° 082 – 2014/DTN (28/10/14). De manera puntual, esta última opinión advierte:

---

<sup>29</sup> La Dirección Técnico Normativa del OSCE ha señalado mediante Opinión N° 028 – 2015/DT (09/02/15), que el reconocimiento de mayores gastos generales variables es una figura que se encuentra prevista para los contratos de ejecución de obra, más no, para el caso de los contratos de bienes, en los que la Entidad únicamente deberá pagar los gastos generales en los que el contratista hubiese incurrido como consecuencia de la ampliación del plazo y que se encuentren debidamente acreditados.

“En este orden de ideas, aun cuando la Entidad está obligada a pagar al contratista los mayores gastos generales variables al aprobarse una ampliación del plazo de ejecución de una obra, el contratista podría renunciar a este derecho con posterioridad a la aprobación de la ampliación de plazo, pues constituye un derecho patrimonial de libre disposición.

Finalmente, es importante precisar que establecer que la renuncia a los mayores gastos generales variables debe realizarse con posterioridad a la aprobación de la ampliación del plazo tiene por finalidad: (i) permitir que el contratista calcule el monto de gastos generales que serán objeto de renuncia –pues los mismos solo pueden valorarse una vez aprobada la ampliación del plazo– y (ii) asegurarse que el contratista renuncie a los gastos generales de manera libre y voluntaria, sin la intervención de agentes externos que influyan en su decisión.

En consecuencia, no es posible que el contratista renuncie a los mayores gastos generales variables con anterioridad a la aprobación de la ampliación del plazo que los origina”.

En efecto, toda vez que el contratista no sabe de manera cierta la existencia y las características en las que se le otorgará (o no) la ampliación de plazo solicitada, es que se encuentra imposibilitado de calcular el monto de los gastos generales variables que serán objeto de la renuncia, así como tampoco se puede asegurar que esa renuncia responda a la libre voluntariedad del contratista, y no – por ejemplo – por temor a perder el derecho de la ampliación de plazo y los efectos de la modificación contractual. Cómo podría el contratista renunciar a un monto el cual no puede calcular sino hasta después de que obtenga una respuesta por la Entidad, o incluso, en el supuesto que la Entidad no considere procedente la solicitud del contratista, cómo éste podría renunciar a un derecho que no tiene.

Ante la falta de pronunciamiento de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento respecto a un procedimiento, o a la identificación del momento oportuno para la renuncia de los mayores gastos, sin que implique una vulneración a la voluntad del contratista o a los derechos e intereses de la Entidad, la Dirección Técnico Normativa del OSCE, sí advierte de manera expresa que la renuncia a los mayores gastos generales variables debe realizarse con posterioridad a la aprobación de la ampliación del plazo, a fin de permitir que el contratista calcule el monto de gastos generales que serán objeto de renuncia y asegurarse que la misma sea realizada de manera libre y voluntaria, sin que su decisión se deba a coerción o vicios en la manifestación de su voluntad.

La renuncia a los mayores gastos generales variables con posterioridad al reconocimiento de la ampliación de plazo de ejecución de obra, puede ser contemplada en la Adenda al Contrato original o en la Liquidación final del contrato de obra.

Respecto al primero, se asume que el contratista decide renunciar a los gastos generales variables de manera posterior a la aprobación de ampliación de plazo, pero previo a la firma de la adenda que contempla el nuevo plazo de ejecución del contrato, otorgando de esta forma una mayor seguridad jurídica<sup>30</sup> a la Entidad, y constatando que se debe a una decisión voluntaria del contratista, sin que se haya visto vulnerada su libertad o voluntariedad. La adenda no otorga en sí misma el derecho de la ampliación de plazo, es un simple medio de regularización que permitirá modificar el contrato de obra original, y mantenerlo actualizado, facultando la posibilidad de incluir la renuncia formulada por el contratista, respecto a los mayores gastos generales variables.

Respecto al segundo, el RLCE ha considerado de manera general, la liquidación del contrato como el “cálculo técnico efectuado, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene como finalidad determinar el costo total del contrato y su saldo económico”<sup>31</sup>. De manera concreta, en el caso de la liquidación de un contrato de obra, la Dirección Técnico Normativa del OSCE, mediante Opinión N° 100 – 2017/DTN, ha señalado que ésta debe contener “todas las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afectan la prestación, conceptos que siempre forman parte del costo total de la obra”. Es decir, la liquidación del contrato de obra, contempla y recopila todas las valorizaciones, reajustes, ampliaciones, adicionales, penalidades, etc. que hayan surgido a lo largo del desarrollo de la ejecución contractual, dejando además plasmado el estado situacional con el que se está culminando la obra, el costo total del contrato y la existencia de saldo económico a favor de la Entidad o del contratista. Entonces, asumiendo que el contratista decide renunciar a los gastos generales variables de manera posterior a la adenda del contrato, tal renuncia debería ser contemplada en la liquidación del contrato de obra, otorgando no sólo una mayor seguridad jurídica a la Entidad, sino que además podrá ser deducido del costo total del contrato y su saldo económico.

En ese sentido, el momento idóneo para la renuncia al cobro de los gastos generales variables, es la que se manifiesta con posterioridad al reconocimiento de la ampliación de plazo solicitada por este. Lo antes descrito permitirá que el contratista sepa de manera cierta el nuevo plazo reconocido y el monto de los mayores gastos generales variables a los que

---

<sup>30</sup> Seguridad jurídica, en su doble función; por una parte como pronóstico de conductas estables y por otra como neutralización de riesgos. De tal forma que, al ser la Entidad parte del sector público que participa en procesos de contrataciones de obras, es deber primordial de la Entidad asegurar los derechos e intereses que resguarda ante posibles controversias futuras que puedan poner en vacilación la voluntad con la que el contratista renuncia al reconocimiento de mayores gastos generales variables, alegando maliciosamente la existencia de coerción o vicio en la manifestación de su voluntad.

<sup>31</sup> Vigésimo Tercera definición del Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

estaría renunciando, pues antes de la ampliación no podemos hablar de la existencia de un derecho per se. Así, a primera vista podríamos afirmar que el contratista podría presentar en cualquier momento – posterior a la ampliación de plazo – un documento a través del cual renuncie al reconocimiento de los mayores gastos generales variables. No obstante, por una cuestión de orden y seguridad jurídica existen dos momentos en los cuales la aludida renuncia podría ser recogida: en la adenda del contrato de obra (cuando la renuncia se formule de manera posterior a la ampliación, pero antes de la adenda al contrato original) o en la liquidación del contrato (cuando la renuncia se formule de manera posterior a la adenda, pero antes de la liquidación final del contrato de obra).

## **2. Plazo para someter la controversia a un arbitraje administrativo**

La renuncia al cobro de los mayores gastos generales variables es una facultad que tiene el contratista y que, al constituir un derecho patrimonial de libre disposición, las decisiones que tome respecto a este derecho se encuentran a su entera discrecionalidad. No obstante, el hecho que el contratista renuncie a este concepto en un momento considerado no oportuno o que su manifestación no haya sido emitida de manera libre y voluntaria, puede traer una serie de contingencias a la Entidad, sobre todo a largo plazo y en el supuesto que se someta tal controversia a un arbitraje administrativo; generando no sólo el pago del monto correspondiente a los gastos que la Entidad ya los consideraba no exigibles, sino que además originaría el pago de los intereses por las valorizaciones correspondientes a los gastos generales variables no cancelados en su oportunidad, una indemnización por daños y perjuicios, así como los costos y costas del proceso arbitral en sí mismo.

La Dirección Técnico Normativa del OSCE precisa que la renuncia que formule el contratista debe ser posterior a la obtención del derecho, y siempre que el contratista lo haga de manera libre y voluntariamente sin que exista coerción o algún vicio en la manifestación de su voluntad; de tal forma que cualquier acción que contravenga lo antes descrito será pasible de ser sometida a los mecanismos de solución de controversias: Conciliación y arbitraje administrativo<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Las partes se encuentran facultadas de interponer un proceso de conciliación y/o arbitraje, no siendo necesarios o excluyentes entre ellos; toda vez que la conciliación no es un requisito previo al procedimiento de arbitraje, salvo las partes así lo hubieran establecido en el contrato suscrito entre ellas. Así, en el caso no se hubiera establecido acuerdo alguno, y una de las partes hubiera sometido a conciliación una controversia sin llegar a acuerdo alguno o ante un acuerdo parcial, ésta tiene la posibilidad de acudir a un proceso arbitral dentro del plazo de caducidad contemplado por la Ley de Contrataciones del Estado desde el día siguiente de notificada el acta de falta de acuerdo conciliatorio total o parcial. La normativa de contrataciones del Estado no ha considerado un orden de prelación para interponer un mecanismo de solución de controversia, sino que por el contrario la normativa especial que regula tanto la conciliación, como el arbitraje permiten que las partes puedan

El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias heterocompositivo, en donde un tercero ajeno a las partes decidirá sobre la controversia sometida a arbitraje a través de una decisión resolutoria (laudo arbitral) el cual es una decisión definitiva y de cumplimiento obligatorio para las partes. Como resultado de someter una controversia a un procedimiento arbitral, el árbitro único o tribunal arbitral, emite su pronunciamiento a través de un laudo, el cual es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación, produciendo efectos de cosa juzgada, quedando las partes facultadas de pedir la ejecución del Laudo Arbitral a la autoridad judicial competente.

El plazo para someter las controversias a los mecanismos extrajudiciales de solución de controversias actualmente es de 30 días hábiles, el cual una vez transcurrido se extingue la posibilidad de ejercer el derecho otorgado a las partes. Al respecto, la Dirección Técnico Normativa del OSCE, mediante Opinión N° 232-2017/DTN de fecha 26 de octubre de 2017, señala:

“Como se aprecia, el plazo que tienen las partes para dar inicio a una conciliación en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, es de caducidad. En este punto, debe tenerse en cuenta que la caducidad es una institución jurídica que se caracteriza, principalmente, por extinguir un derecho material por la inactividad del titular de dicho derecho, privándosele de aquel, luego de transcurrido el plazo fijado por la ley o la voluntad de los particulares. Por tanto, si la parte interesada no hubiera iniciado la conciliación en el plazo previsto habría operado la caducidad y -en consecuencia- no sería posible emplear la conciliación como un mecanismo para solucionar las controversias en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado”.

En el caso del reconocimiento de los mayores gastos generales variables, la controversia que surge a raíz de la renuncia se encuentra directamente relacionada con la ampliación de plazo de ejecución de obras y sus efectos. Entonces, ante el supuesto en que el contratista haya considerado que se ha vulnerado o viciado su voluntad respecto a la renuncia al cobro de los gastos generales variables; de conformidad con lo señalado en el numeral 8 del artículo 198 del RLCE<sup>33</sup>, cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la Entidad

---

llegar a un acuerdo el cual será ingresado en cualquiera de los procesos (conciliatorios y/o arbitrales) que se hayan interpuesto, teniéndose como un acuerdo válido y eficaz y dando por concluida la controversia de forma total o parcial, según sea el caso.

<sup>33</sup> Artículo 198. Procedimiento de ampliación de plazo: “198.8. *Cualquier controversia relacionada con las solicitudes de ampliación de plazo puede ser sometida al respectivo medio de solución de controversias dentro de los treinta (30) días hábiles posteriores a la fecha en que la Entidad debió notificar su decisión o de la notificación de la denegatoria, total o parcial, de la solicitud formulada*”.

respecto a las solicitudes de ampliación de plazos podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los (30) días hábiles posteriores a la notificación.

El plazo de caducidad se caracteriza por extinguir el derecho material ante la inactividad del titular del derecho, quitándole de tal facultad una vez transcurrido el plazo establecido por la ley. Trascurrido el plazo dispuesto y teniendo en cuenta que el contratista no manifiesta disconformidad, así como tampoco ha sometido ninguna controversia relacionada con la ampliación de plazo por parte de la Entidad a conciliación y/o arbitraje, se entiende que la consecuencia de guardar silencio cuando se debe hablar (para manifestar su disconformidad por la supuesta coerción y vicio de voluntad) no puede ser otra que el reconocimiento de lo afirmado contra el que se calla, es decir, se entiende su manifestación tácita de conformidad, y por tanto, deberá declararse infundada la pretensión del contratista.

El plazo de caducidad contemplado por la normativa de contrataciones del Estado puede llevar a una serie de cuestionamientos frente a los supuestos en donde exista una clara vulneración de derechos, pero que no fueron sometidos a controversia en el plazo oportuno ya sea por negligencia, error o mala fe. Por ejemplo, el contratista que renuncia voluntariamente antes del pronunciamiento de la Entidad respecto a la solicitud de ampliación de plazo; o, la Entidad que de manera unilateral decide establecer la renuncia al cobro de los mayores gastos generales del contratista, sin que este último someta tal decisión a mecanismos de solución de controversia.

No obstante ello, bajo los alcances otorgados a la figura de la caducidad, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado y los pronunciamientos emitidos por el organismo supervisor, las partes se encuentran facultadas a someter cualquier controversia que surja en la ejecución contractual a conciliación y/o arbitraje, siempre que sean realizadas dentro de los plazos otorgados por el legislador, caso contrario, se extingue el derecho material por la inactividad del titular del derecho y se entenderán aprobados los actos conforme fueron emitidos.

### **3. Régimen jurídico según la actual jurisprudencia del OSCE**

Una ampliación de plazo en la ejecución de un contrato de obra trae como consecuencia el reconocimiento de los mayores gastos generales variables. La posibilidad del contratista de renunciar al cobro de los aludidos gastos es un concepto que no se encuentra expresamente regulada en la Ley de Contrataciones del Estado y/o en su Reglamento, por el contrario, es el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, a través de su Dirección Técnico Normativa quien en sus diversas opiniones introducen esta figura.

Los mayores gastos generales variables han sido considerados por el OSCE como un derecho de crédito adquirido por el contratista a quien se le ha concedido una ampliación de plazo de ejecución de obra. Es un derecho que sólo el acreedor (contratista) puede reclamar al deudor (Entidad) como consecuencia de un hecho concreto (ampliación de plazo) al que la Ley le ha otorgado una obligación sucesiva (pago de los gastos generales variables), razón por la cual se encuentra a la entera discrecionalidad del contratista la renuncia o no de ellos.

Partiendo de una definición general otorgada por la Real Academia Española, se entiende por “renuncia” como la dimisión o dejación voluntaria de algo que se posee, o el derecho a ello<sup>34</sup>. Aplicado de manera más concreta, la renuncia de un derecho se puede entender como aquel acto jurídico a través del cual una persona natural o jurídica se desiste de manera unilateral y voluntaria, respecto a una facultad adquirida y correspondida, siempre que sea pasible de renuncia. Cabe recalcar que la renuncia sólo se puede dar respecto a los derechos susceptibles de renuncia como tal, y no de aquellos que por disposición legal el legislador ha considerado como irrenunciables. Por ejemplo, no resulta pasible de renuncia, los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley respecto a las relaciones laborales, prohibición que se encuentra expresamente regulada en el Artículo 26 de la Constitución Política del Perú.

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado ha contemplado la renuncia al cobro de los gastos generales variables como un acto jurídico voluntario y unilateral a través del cual el contratista, a quien se le ha reconocido el derecho al cobro de los mayores gastos generales variables derivados de una ampliación de plazo de ejecución de obra, se encuentra facultado a desistir de dicho derecho, sin que para ello sea necesario la manifestación de voluntad o aceptación de la otra parte, pues el derecho al que como tal se está renunciando, se encuentra dentro de su esfera patrimonial y responde a un derecho de crédito, de tal manera que la única persona que puede disponer de ellos es el contratista en su calidad de acreedor, más aún si no se requiere justificar o sustentar las causales que lo llevaron a tal decisión, decisión que buscará conseguir efectos jurídicos.

En ese sentido, a efectos de comprender de manera eficiente la naturaleza otorgada por la Dirección Técnico Normativa del OSCE de la renuncia como acto jurídico, es necesario entender los componentes inherentes a este concepto.

Para VIDAL RAMÍREZ el acto jurídico “es un hecho jurídico, voluntario, lícito, con manifestación de la voluntad y efectos queridos que respondan a la intención del sujeto, de

---

<sup>34</sup> Véase Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, tercera acepción. Recuperado de <https://dle.rae.es/?id=Vyqz9zm> (Consultado 19/10/18).

conformidad con el derecho objetivo”<sup>35</sup>. Al respecto, el artículo 140 del Código Civil ha definido al acto jurídico como “(...) la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas (...)”, requiriéndose para su validez de un agente capaz, un objeto físico y jurídicamente posible, un fin lícito y una observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad. El concepto de acto jurídico recogido en el artículo 140 del Código Civil, supone reconocer imperio a la autonomía de la voluntad en la medida en que no colisione con el orden público, siendo necesario dejar establecido, que la voluntad requiere del amparo legal en la misma medida en que el ordenamiento jurídico. De tal forma que según el autor, para tomar en cuenta el efecto jurídico producido; requiere de la voluntad, pues no puede concebirse el reconocimiento y tutela de actos jurídicos con finalidad contraria al ordenamiento legal<sup>36</sup>.

VIDAL RAMÍREZ agrega que “la voluntad que genera el acto jurídico es la voluntad privada declarada por un sujeto que, con plena conciencia, la destina a producir un efecto jurídico sobre toda clase de relaciones, sean patrimoniales o no patrimoniales, tratándose de derechos creditorios o reales, etc.”<sup>37</sup>.

Por su parte, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI considera que el principio de la autonomía de la voluntad significa en primer lugar que las partes pueden concertar lo que quieran y como quieran sobre su patrimonio (consensualismo), fijando libremente el contenido de los contratos, esto es, creando obligaciones patrimoniales sin necesidad de ajustarse a los módulos tipificados por la ley, bastando para el nacimiento de la obligación la exteriorización de la voluntad con ánimo de obligarse; y en segundo lugar, la autonomía de la voluntad significa que también lo pueden concertar entre los propios sujetos contratantes, sin necesidad de intervención de ninguna autoridad pública y sin ajustarse a ninguna exigencia de forma pública<sup>38</sup>.

Si bien no estamos hablando como tal de un contrato, sino de la premisa general de un acto jurídico, toda vez que el derecho a los gastos generales variables recaen bajo el patrimonio del contratista, podríamos aplicar el mismo juicio, y establecer que con la sola exteriorización de la voluntad con ánimo de obligarse (voluntad que como ha sido desarrollado líneas arriba ha sido emitida sin ningún tipo de coerción o vicios) y sin necesidad de la intervención de ninguna autoridad o forma pública, el contratista en calidad de acreedor, puede manifestar su “compromiso” voluntario a la renuncia de los mayores gastos generales

---

<sup>35</sup> VIDAL RAMÍREZ, F. *op. cit.*, 2016, p.69.

<sup>36</sup> *Ibid*, p.72.

<sup>37</sup> *Ibid*, p.71.

<sup>38</sup> Cfr. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. *op. cit.*, p.51.

por encontrarse dentro de su esfera, su patrimonio y al estar tal decisión en su ámbito discrecional, más aún si aquella la renuncia no implica el quebrantamiento de ninguna ley o norma que lo prohíba.

El acto unilateral forma parte de la clasificación del acto, basta con una sola manifestación de voluntad para que el acto sea unilateral. En el caso de la renuncia de los mayores gastos generales, se entendería es un acto unilateral simple, pues no requiere de una manifestación plural o compleja, sino que por el contrario, basta que el contratista, en su calidad de acreedor del reconocimiento al pago de los gastos generales variables, renuncie a tal derecho reconocido por la Entidad a raíz de una ampliación de plazo de ejecución del contrato de obra pública.

Un acto jurídico es unilateral, cuando con la sola manifestación de voluntad de una de las partes que conforma la relación jurídica, lo expresa como tal, generando efectos por sí mismo. Entonces, como lo señala NOVAK TALAVERA “si hablamos de actos jurídicos unilaterales, necesariamente hablamos de actos con efectos jurídicos”<sup>39</sup>, motivo por el cual se entiende que “la renuncia viene a ser el abandono voluntario de un derecho, facultad, pretensión o expectativa de derecho, cuando ellos son susceptibles de renuncia”<sup>40</sup>.

Respecto a la formalidad en la cual debe ser emitido el acto jurídico de la renuncia, cabe cuestionarnos si existe la posibilidad de hablar de una renuncia tácita, o si, por el contrario, ésta sólo puede ser expresa. Para el caso concreto de la renuncia a los mayores gastos generales variables derivados de una ampliación de plazo contractual, quienes sean partidarios de la posibilidad y validez de una renuncia tácita, podrían aducir que la falta de presentación de la documentación requerida en el numeral 7 del artículo 198 del RLCE, para el pago de los mayores gastos generales puede equipararse a una renuncia implícita, pues el contratista, de manera voluntaria y con conocimiento de causa decide – con su no actuar – dejar de cobrar un derecho crediticio otorgado en el marco de la normativa de contrataciones del Estado.

Sin perjuicio de lo antes descrito, la postura anteriormente señalada parte de un error, pues como ya lo he desarrollado anteriormente, el Órgano Supervisor de las Contrataciones del Estado, ha emitido pronunciamiento mediante Opinión N° 244 – 2017/DTN, a través del cual señala que bajo ninguna circunstancia se puede considerar que el contratista pierde el derecho a cobrar los mayores costos directos y gastos generales variables que deriven del incremento del plazo de obra, por la presentación extemporánea de la documentación requerida por el

---

<sup>39</sup> NOVAK TALAVERA, F. *La Teoría de Los Actos Unilaterales de los Estados*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/7125>. pp. 151 (Consultado 16/10/18).

<sup>40</sup> *Ibid*, p. 153.

Reglamento de Contrataciones del Estado, toda vez que, el pago de estos conceptos es una consecuencia económica que tiene como fin mantener el equilibrio y la proporcionalidad que debe existir entre las prestaciones y los derechos de las partes. La no presentación de los documentos contemplados en la ley no extingue propiamente el derecho del contratista al cobro de los mayores gastos generales, y, consecuentemente, el no actuar del contratista no puede ser contemplado como una renuncia tácita al cobro de los gastos generales variables.

Parece quedar establecido que el órgano supervisor ha considerado el acto jurídico de la renuncia como un acto expreso, a través del cual, el contratista en su calidad de beneficiario del derecho al cobro de los mayores gastos generales variables, deja constancia de su voluntad de renuncia al aludido concepto, lo cual no sólo le otorgará seguridad jurídica a la Entidad, sino que además permitirá neutralizar los riesgos que puedan producirse a lo largo de la ejecución del contrato de obra pública y ante futuras controversias sometidas a mecanismos de resolución de conflictos. No es necesario hablar de una “forma” de la renuncia, en el sentido estricto de la palabra, pues no existe una disposición o precepto normativo que establezca a ciencia cierta el documento a través del cual debe emitirse tal voluntariedad de renuncia. Las dos únicas consideraciones que sí parecen importantes son que, por una parte, esta renuncia sea a través de medio escrito (documento), el cual formará parte del expediente de contratación y posteriormente permitirá se tome como referencia para los posteriores actos administrativos formulados por la Entidad; así como que esta renuncia sea formulada por la persona (natural o jurídica) a quien propiamente se le ha otorgado el derecho.



### Capítulo 3

#### Naturaleza de la renuncia a los mayores gastos generales variables

##### 1. La renuncia como acto jurídico

La Primera Disposición Complementaria Final del RLCE dispone que “en lo no previsto en la Ley de Contrataciones del Estado o en su reglamento, el legislador ha dispuesto que son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, solo en ausencia de estas, las de derecho privado”.

A lo antes descrito, la Dirección Técnico Normativa del OSCE a través de su Opinión N° 107 – 2012/DTN y Opinión 130 – 2018/DTN, señala que ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de contrataciones del Estado que se ocupa de la ejecución contractual, será necesario recurrir supletoriamente a las disposiciones del Código Civil que resultan compatibles, y no a las disposiciones de la Ley N° 27444 al ser incompatibles con la lógica contractual.

No obstante ello, precisa que la aplicación supletoria de las disposiciones compatibles del Código Civil a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regula la ejecución contractual, no afecta ni excluye la aplicación de las disposiciones de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, a las actuaciones internas que permiten a las Entidades expresar su voluntad en el marco de una relación contractual bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado.

En ese sentido, frente a lo señalado por la Dirección Técnico Normativa del OSCE respecto a la renuncia a los mayores gastos generales variables, se debe recurrir a las disposiciones del Código Civil, específicamente al acto jurídico, para lo que resulte compatible a la manifestación libre y voluntaria, sin coerción o vicio en la manifestación de voluntad que recae en la renuncia como expresión del administrado.

Se entiende por voluntad aquella facultad de decidir y ordenar la propia conducta<sup>41</sup> de la persona; sin embargo, no toda manifestación de voluntad genera o tiene alcance jurídico que merezca ser analizado o evaluado por las partes. En el ámbito jurídico, el concepto de voluntad adquiere un significado más amplio, pues constituye la esencia misma del acto jurídico. Esta voluntad se debe concretar en la manifestación o exteriorización del querer/deseo interno, debiendo existir para el efecto una relación entre la intención y la exteriorización de esa intención.

---

<sup>41</sup> Véase Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, primera acepción. Recuperado de <https://dle.rae.es/?id=c2gSOgP> (Consultado 11/11/18).

La conjunción de la voluntad y su manifestación ha sido contemplada por VIDAL RAMÍREZ como el resultado de un proceso que va de lo subjetivo a lo objetivo, de la voluntad interna a la voluntad exteriorizada, esto es a la manifestación de voluntad que viene a ser, propiamente, la voluntad jurídica<sup>42</sup>. Sólo por su manifestación (verbal o escrita), el sujeto hace conocer su voluntad mediante una declaración.

Para el referido autor, la voluntad sola no es suficiente, pues necesita de su manifestación; esta voluntad se forma a través de un proceso que considera tres factores conjugados. El primer factor es el discernimiento, como la aptitud para percibir o distinguir las diferencias en relación a aquello que guarda conformidad con nuestra conveniencia o sentido moral<sup>43</sup>. El segundo factor es la intención, como la decisión orientada a la consecución de una finalidad prevista por el sujeto, esto es, el propósito deliberado de celebrar el acto jurídico y producir sus efectos<sup>44</sup>. El tercer factor es la libertad como la facultad de elección, como consecuencia del discernimiento y de la intención<sup>45</sup>.

La consecuencia derivada de incurrir en alguna prohibición que vulnera la manifestación de voluntad, es la invalidez del acto manifestado. Al respecto, BACA ONETO ha manifestado que:

“la invalidez de los contratos públicos puede producirse debido a vicios de Derecho civil, caso en el que se “sujetará a los requisitos y plazos de ejercicio de las acciones previsto en el ordenamiento civil, pero el procedimiento para hacerlas valer se someterá a lo previsto en los artículos anteriores para los actos y contratos administrativos anulables”<sup>46</sup>. Agrega, además: “De todas las causas de invalidez de Derecho civil, son los vicios del consentimiento que afectan a la voluntad del contratista los que encuentran mayor consenso al momento de defender su aplicabilidad a la contratación pública. (...) Por tanto, cuando la voluntad del contratista esté viciada por error, dolo, intimidación o violencia, el Acto Administrativo de adjudicación, por el que surge la relación contractual, será inválido”<sup>47</sup>.

En el caso de la renuncia al cobro de los gastos generales variables, esta deriva de una manifestación de voluntad del contratista que decide dejar de percibir un derecho otorgado a raíz de una ampliación de plazo. El pronunciamiento que ha sido emitido bajo coerción o

---

<sup>42</sup> Cfr. VIDAL RAMÍREZ, F. *El Acto Jurídico*. Décima edición. Instituto Pacífico. Lima, 2016, p.130.

<sup>43</sup> Ibid, p. 131.

<sup>44</sup> Ibid, p. 132.

<sup>45</sup> Ibid, p. 133.

<sup>46</sup> BACA ONETO, V. *La Invalidez de los Contratos Públicos*. Thomson Civitas. Navarra, 2016, pp. 229 – 230.

<sup>47</sup> Ibid, p. 239.

vicio en la manifestación de su voluntad abarcará en una invalidez del contenido de ese acto administrativo, pues teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en el derecho civil, específicamente respecto a los vicios que afectan la voluntad del contratista, no se puede considerar que tal manifestación se ha dado de manera válida y eficaz.

**1.1. Coerción.** La coerción puede ser definida como la presión ejercida sobre alguien para forzar su voluntad o su conducta<sup>48</sup>. Es la acción a través del cual una parte condiciona o impone el comportamiento y/o voluntad de la otra parte a efectos de conseguir un resultado deseado por el primero.

La renuncia del contratista al cobro de los mayores gastos generales variables que es emitida bajo coerción no refleja de manera real la causalidad entre el deseo del titular y la consecuencia jurídica obtenida. Todo lo contrario, esa manifestación se obtiene bajo una presión ejercida por una parte más fuerte que se ve beneficiada de los resultados obtenidos de la misma.

De tal forma que, la renuncia formulada por el contratista bajo coerción de la Entidad que actúa con autoridad, soberanía y fuerza, no puede ser considerada como una renuncia válida y eficaz, toda vez que ésta manifestación no ha sido emitida de manera libre y voluntaria.

**1.2. Vicio en la manifestación de voluntad.** DE CASTRO Y BRAVO advierte que la declaración supone expresión, manifestación y comunicación; para tenerla por tal, se requiere que sea emitida y dirigida a comunicar o publicar la voluntad o propósito negocial; de modo que lo expresado sea percibido o perceptible por la parte correspondiente<sup>49</sup>.

Por su parte, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI considera que el término “vicio en la manifestación de voluntad”, se puede definir de manera general, como aquellas circunstancias ajenas a la voluntad del contratante, que impiden su plena libertad contractual, o inducen o generan como determinante del contrato una falsa representación de la realidad<sup>50</sup>.

El vicio en la manifestación de voluntad, son aquellos factores que impiden la identidad o correlación entre lo que internamente se quiere y lo que se manifiesta, generando la invalidez del acto realizado. Así, el Título VIII del Libro II del Código Civil ha precisado de manera taxativa aquellos vicios, calificándolos en tres: el error, el dolo y la violencia o la intimidación

---

<sup>48</sup> Véase Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, primera acepción. Recuperado de <https://dle.rae.es/?id=9eG7FU2> (Consultado 11/11/18).

<sup>49</sup> Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F. *El Negocio Jurídico*. Madrid, España: Thomson Ruters. Madrid, 2002, p. 65.

<sup>50</sup> Cfr. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. *El derecho de las obligaciones y de los contratos*. Primera edición. Instituto Pacífico. Lima, 2017, p. 247.

### a) El error

Se puede definir el error como la ausencia de conocimiento o conocimiento equivocado respecto a una realidad, la cual debe ser fundamental por recaer en la esencia o cualidad del objeto y siempre que éstas sean determinantes de la voluntad y conocida por la otra parte. Es decir, cuando en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo.

Desde el punto de vista de los conceptos, ALPA advierte que el error es obstativo cuando recae sobre la declaración (al momento en el cual se exteriorizaba la voluntad) y es vicio cuando se origina en la formación de la misma voluntad<sup>51</sup>. Sin embargo, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI agrega que para que tenga trascendencia anulatoria el error ha de ser originario (no sobrevenido), inexcusable (no haber podido ser prevenido observando una mínima diligencia), y sustancial (que impida la obtención del propósito práctico o fin jurídico que se perseguía por medio del contrato)<sup>52</sup>.

El error no está referido a cualquier creencia equivocada individual, sino a aquella que atañe a la misma motivación del contrato<sup>53</sup>. Los criterios de valoración del error señalado por ALPA y adoptado por el Código Civil se pueden dividir en tres grupos:

- a) Error relevante – La esencialidad: No todos los errores pueden ser considerados jurídicamente relevantes. El error es esencial cuando: (i) recae sobre la naturaleza u objeto del negocio. (ii) Recae sobre la identidad o cualidad de la persona del otro contratante, siempre que una o las otras sean determinantes para el consentimiento. (iii) Cuando, tratándose de error de derecho, fue la razón única o principal del negocio<sup>54</sup>.
- b) Error relevante – La cognoscibilidad: Cuando las circunstancias del contrato, o la cualidad de los contratantes, habrían podido ser advertidos por una persona de normal diligencia<sup>55</sup>.
- c) Error irrelevante: El error sobre el valor de la cosa, que no afecta al objeto o, el error en el motivo<sup>56</sup>.

El Código Civil contempla que no cualquier error puede configurarse como un vicio en la manifestación de voluntad de las partes, sino que éste debe contar con un mínimo de características y criterios, como lo es la esencialidad y la cognoscibilidad, que efectivamente

<sup>51</sup> Cfr. ALPA, G. *op. cit.*, p. 242.

<sup>52</sup> Cfr. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. *op. cit.*, pp. 279 – 281.

<sup>53</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. *op. cit.*, p. 109.

<sup>54</sup> ALPA, G. *op. cit.*, pp. 243 – 244.

<sup>55</sup> *Ibid*, p. 244.

<sup>56</sup> *Ibid*, p. 245.

permitan advertir el falso conocimiento de la realidad o creencia equivocada de los presupuestos que conllevaron a la errada decisión del individuo.

## b) El dolo

El dolo es el concepto por el cual una parte provoca de manera intencional un error (actuación maliciosa y malintencionada por parte de una de las partes) o que ante su silencio contribuya a mantenerse el error, deformando la voluntad de quien de buena fe toma una decisión o realiza un acto jurídico.

A diferencia del error, de la violencia y de la intimidación, el dolo no resulta sólo de la falta de conocimiento o libertad. Por el contrario, DE CASTRO Y BRAVO señala que se mira primero lo malicioso o insidioso de la conducta de quien induce a contratar utilizando engaños, imposiciones o la captación de la voluntad<sup>57</sup>. El autor agrega que para hablar de dolo se requiere básicamente de cuatro situaciones: en primer lugar, que una conducta sea insidiosa, es decir, una actuación intencionada y dirigida a provocar la declaración negocial, utilizando para ello las palabras o maquinación adecuada. En segundo lugar, que la voluntad del declarante quede viciada; o sea, que la declaración no se haya emitido con la natural libertad y conocimiento, sino que se ha producido a causa de un engaño, coacción u otra insidiosa influencia. En tercer lugar, que dicha conducta insidiosa sea la determinante de la declaración. En cuarto y último lugar, que el dolo sea grave<sup>58</sup>.

Por su parte, el legislador ha diferenciado tres clases de dolo. El dolo causal, el cual origina la anulación del acto jurídico, toda vez que el engaño usado por una de las partes ha sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto. El dolo incidental, cuando no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, aunque sin él se hubiese concluido en condiciones distintas. El dolo omisivo, el cual consiste en el silencio malicioso que busca la otra parte incurra en error o se mantenga éste (tiene los mismos efectos que la acción dolosa).

Para que se pueda hablar de una intención de engañar, ALPA recalca que es necesario el conocimiento de parte del agente de las falsas representaciones que se producen en la víctima, y el convencimiento de que es posible determinar con artificio, mentiras e inducciones a error, la voluntad de otros<sup>59</sup>. Se requiere que exista una intención dañina o malintencionada, y basta para tenerlo en cuenta con que la maquinación insidiosa ejerza tal influencia sobre quien

---

<sup>57</sup> Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F. *op. cit.*, p. 150.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 151.

<sup>59</sup> Cfr. ALPA, G. *op. cit.*, p. 247.

declara, que su declaración no pueda considerarse como decisión propia de una persona libre y no engañada.

### c) La violencia o la intimidación

La violencia o la intimidación consiste en aquella actuación ejercida sobre la otra parte a fin de obligarla a que realice un acto que no quiere o desea. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI señala que existe violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible y que se encuentra estrechamente ligada a la intimidación, como consentimiento prestado en virtud del temor ante un mal injusto, grave e inminente<sup>60</sup>.

La violencia e intimidación usualmente van de la mano, entendiendo a la violencia como determinante de la intimidación. Sin embargo, si se entienden por separado, habrá que admitir la existencia de una violencia en sentido estricto. En otras palabras, una violencia que será tomada en cuenta sin necesidad de que reúnan las notas propias del temor<sup>61</sup>.

Se puede entender a la violencia como aquella fuerza física que doblega a un sujeto y anula su voluntad, pues la fuerza que se ejerce sobre el puede más que lo que realmente desea manifestar. La intimidación, por su parte, consiste en infundir temor a un sujeto para que manifieste una voluntad que no desea manifestar, de tal forma que ante esta violencia moral o intimidación infundida en el sujeto, declara una voluntad que no corresponde a su voluntad interna por no ser una decisión libre y espontánea<sup>62</sup>.

El artículo 214 del Código Civil, da un mismo tratamiento a la violencia y a la intimidación, señalándolas como causas de anulación del acto jurídico, aunque hayan sido empleadas por un tercero que no intervenga en él. Sin embargo, el artículo 215 del aludido precepto normativo, hace una precisión respecto a los elementos de la intimidación, advirtiendo que hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros.

Ahora, para que el temor sufrido sea apreciado como vicio de la voluntad, existen ciertas premisas que pueden tener naturaleza objetiva y otra subjetivas.

En las premisas objetivas, encontramos: (a) El temor ha de ser: “racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su

<sup>60</sup> Cfr. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. *op. cit.*, p. 278.

<sup>61</sup> Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F. *op. cit.*, p. 134.

<sup>62</sup> Cfr. VIDAL RAMÍREZ, F. *op. cit.*, pp.284-293.

cónyuge, descendientes o ascendentes”. (b) El temor ha de resultar de una intimidación ilícita y no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho<sup>63</sup>.

Por otro lado, en las premisas subjetivas se tiene: a) El temor ha de ser inspirado por la conducta ajena y determinante de una declaración de voluntad no deseada. (b) no se considera que vicie la voluntad “el temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto”. (c) “para calificar la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo y a la condición de la persona”<sup>64</sup>.

La decisión que se toma bajo violencia o intimidación, se hace ante un inminente temor, el cual no se debe presumir, sino que por el contrario debe ser tal que se considere cierto, inmediato y grave, y que, consecuentemente, invalida el contenido del mismo por no ser lo que efectivamente se ha querido manifestar. Queda claro que la voluntad manifestada por una parte es en sí misma la esencia del acto jurídico, la cual necesita ser exteriorizada a fin de que pueda tener efectos jurídicos. Específicamente en materia civil el legislador ha sabido diferenciar e identificar vicios en la manifestación de la voluntad los cuales perturban el proceso formativo de la voluntad interna exteriorizada, como es el caso del error, dolo y violencia o intimidación en las disposiciones del Código Civil contenidas en el Título VIII del Libro II.

## 2. La diferencia con otras figuras civiles

Las disposiciones contenidas en el Código Civil regulan de manera más próxima las relaciones contractuales entre individuales, equiparables a la relación contractual existente entre un contratista y el Estado. Bajo esa premisa, el Código Civil es considerado la norma supletoria a la Ley de Contrataciones del Estado en todo aquello que no se encuentre regulado y que no contravenga sus disposiciones.

Remitiéndonos al contenido de esta norma supletoria, el legislador ha contemplado otras figuras con resultados semejantes a la renuncia a través del cual una parte se desprende de un beneficio y lo pone a disposición de otro.

**2.1. La condonación.** El legislador ha considerado a la condonación como una forma de extinción de las obligaciones<sup>65</sup>, por medio del cual las obligaciones surgidas a raíz de una deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extinguen, sin perjuicio

---

<sup>63</sup> Ibid, p. 140.

<sup>64</sup> Ibid, p. 141.

<sup>65</sup> Nuestro ordenamiento civil ha contemplado cuatro formas de extinción de las obligaciones: El pago, la novación, la compensación, la condonación, la consolidación, la transacción y el mutuo disenso.

del derecho de tercero. Así lo ha contemplado el Código Civil en el Título V de la Sección Segunda del Libro VI, precisando además, en su artículo 1297, que hay condonación de la deuda cuando el acreedor entrega al deudor el documento original en que consta aquella, salvo que el deudor pruebe que la ha pagado.

ÁLVARO CAPEROCHIPÍ define la condonación como el perdón de la deuda hecha por el acreedor al deudor con ánimo de liberalidad<sup>66</sup>. La condonación de la deuda no es una renuncia pues esto implicaría ser un acto unilateral del acreedor, por el contrario la condonación no surte efectos si no hay ánimo de liberalidad (causa de los actos lucrativos), y sigue el ritual formal y público de los actos lucrativos (forma y aceptación<sup>67</sup>).

La condonación – agrega el referido autor – no genera efectos mientras no se notifica o es conocida por el deudor, y además aunque se dirija directamente al deudor, mientras la remisión no es aceptada por este es libremente revocable por el acreedor<sup>68</sup>.

La aceptación del deudor es una de las características más relevantes y sustanciales de la condonación que permite se distinga de otras figuras, toda vez que existe la posibilidad que el deudor no quiera verse favorecido por el perdón de la deuda formulada por el acreedor, y que por el contrario busque cumplir con su obligación de pago. La aceptación o consentimiento es la manifestación de voluntad de la parte que coincide en la celebración y en el contenido del contrato, o en este caso, de la condonación como forma de extinción de las obligaciones contractuales.

De la suscripción de un contrato, surge un vínculo o relación obligatoria entre las partes involucradas en el acto, quienes de manera libre y en el marco de la autonomía de sus voluntades se comprometen a una serie de obligaciones a efectos de lograr una finalidad deseada, buscando la igualdad entre lo otorgado y lo que recibido a cambio. Esta idea de igualdad o equilibrio entre las partes hará que dentro de la relación obligatoria se contemple, a su vez, una serie de deberes de indemnización por daños ante un incumplimiento o negligencia no imputable a una de las partes, así como la idea de una restitución ante un enriquecimiento indebido que pueda surgir durante la ejecución del contrato.

La propia regulación de la condonación lleva consigo la necesidad de la aceptación del deudor respecto al acto de condonación que busca realizar el acreedor, pues, independientemente de los motivos que pueda tener el primero, éste se encuentra facultado a negarse a tal perdón de deuda y cumplir con su obligación a cancelar lo adeudado o

---

<sup>66</sup> Cfr. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. *op. cit.*, p. 141.

<sup>67</sup> El autor Álvarez Caperochipi, considera a la condonación un acto lucrativo por darse un enriquecimiento efectivo del deudor a costa del acreedor.

<sup>68</sup> Cfr. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. *op. cit.*, p. 143.

correspondiente en beneficio del acreedor. Tal es así la necesidad de la aceptación, que si no existe una respuesta afirmativa de este, la obligación subsistirá (incluso si se ha comunicado y notificado el deseo del perdón) y el deudor continuará obligado a pagar el derecho reconocido del acreedor.

De manera general, podríamos señalar que para que exista propiamente un consentimiento tienen que ocurrir tres fases: La voluntad interna, la declaración de voluntad en sí misma y la coincidencia de la voluntad. Respecto a la primera, debe existir el querer interno que motiva subjetivamente a las partes a realizar algo, en la segunda es la exteriorización de la voluntad de cada uno por medio de la cual dan a conocer la voluntad interna a la otra parte y/o a terceros, y por último se tiene la común manifestación de las partes, de la exteriorización de las voluntades.

El deseo de una parte de perdonar una deuda debe ser recíproco con el deseo de la otra parte de aceptar tal acto de desprendimiento, pues en el marco de las obligaciones constituidas en su momento bajo la libre voluntariedad de las partes, se necesita el consentimiento de ambas para dejar sin responsabilidades a una de ellas.

Si bien es cierto existen diversos actos de liberalidad a través del cual una persona puede generar un acto eficaz a título gratuito (sin que exista razón más allá del perdón de una deuda), la diferencia sustancial entre la renuncia y la condonación es que la primera es un acto unilateral, el cual no necesita de la aceptación del deudor a fin de surtir efectos su deseo de desistimiento respecto al cobro de los mayores gastos generales. Mientras que en el caso de la condonación se habla de un acto bilateral, pues no solo se necesita de la manifestación de voluntad del acreedor, sino que además resulta fundamental la necesidad de una respuesta (afirmativa) del deudor a efectos de dar como válido aquella renuncia del acreedor.

Respecto a la renuncia a los mayores gastos generales variables derivados de una ampliación de plazo de ejecución de obra, mediante Opinión N° 012 – 2014/DTN, la Dirección Técnico Normativa del OSCE, entre otros, ha señalado:

“(…) que si bien **la renuncia** no está regulada expresamente en el Código Civil, la doctrina la define como "(...) un acto unilateral, ejercitado sólo por el acreedor de la relación obligacional, pues si contara con el asentimiento oportuno del deudor -sin dejar de encontrarnos dentro del campo de la renuncia- se trataría de una condonación." A su vez, de conformidad con el artículo 1295 del Código Civil, la doctrina también señala que "Condonar es perdonar una deuda o, en expresiones distintas, renunciar a un crédito, con la anuencia del deudor. Así, cuando el acreedor perdona una deuda y el deudor conviene en ello, se extingue la obligación a cargo de este último."

El Órgano Supervisor de las Contrataciones del Estado advierte la posibilidad de la renuncia a los mayores gastos generales, enmarcándola como aquel acto jurídico unilateral, a través del cual el acreedor por su condición en la relación obligatoria se encuentra facultado a manifestar su voluntad de desistimiento al cobro de aquellos gastos y que con su sola manifestación surta los efectos jurídicos deseados por éste. De necesitar asentimiento oportuno del deudor estaríamos hablando propiamente de una condonación, como aquel acto bilateral que necesita la recepción y aceptación de la parte deudora a efectos de lograr los efectos jurídicos deseados, es decir, la extinción de la obligación de pago de los mayores gastos generales variables reconocidos por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento y que tiene a cargo el deudor (Entidad) a raíz del otorgamiento de una ampliación de plazo de ejecución de obra, por causales que no resultaron propiamente imputables al acreedor (contratista) encargado de ejecutar la obra pública.

**2.2. La donación.** Por la donación, una persona (donante) se obliga a transferir gratuitamente a otra (donatario) la propiedad de un bien mueble o inmueble, debiendo seguirse para el efecto, el procedimiento establecido bajo el alcance del Título IV del Libro VII del Código Civil.

La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra persona, que la acepta. La definición de donación tiene el mérito de poner de manifiesto que su concepto es un acto dispositivo de cosas, lucrativo porque trasmite una riqueza del donante al donatario, y que el donatario la acepta<sup>69</sup>.

A diferencia de otros actos dispositivos en donde lo que se puede observar existe una liberalidad de disposición respecto a derechos, en el caso de la donación se habla propiamente de una disposición de bienes, que pueden ser propiamente de bienes muebles o bienes inmuebles. Así pues, respecto a la donación de bienes muebles, el Código Civil advierte que puede hacerse de manera verbal cuando su valor no exceda el 25% de la UIT vigente al momento del contrato, sin embargo, de excederse el porcentaje señalado, deberá realizarse por escrito y constando con fecha cierta e identificación específica de los bienes a donar. Por otra parte, respecto a la donación de bienes inmuebles, esta deberá realizarse por escritura pública con identificación individual de su valor real y de las cargas a satisfacer el donatario.

Se puede señalar como principal elemento definitorio de la donación a la gratuidad, toda vez que el donatario, en aplicación al ánimo de su liberalidad, decide despojarse de un bien a

---

<sup>69</sup> Ibid, p. 384.

efectos de otorgárselo a otra persona, concediéndole de esta manera una ventaja económica a expensas de una disminución propia. Aunado a ello, el concepto de la especificación y la valorización también parecen ser determinantes para la figura de la donación, pues por una parte el primero permitirá advertir de manera precisa el bien “cierto” que será objeto de la donación; mientras que por el segundo permitirá identificar el valor de bien donado, y que para el caso de los bienes muebles, permitirá determinar si excede o no el 25% de la UIT vigente al momento del contrato, para consecuentemente determinar las formalidades o no que deberán realizarse; o que para el caso de los bienes inmuebles permitirá realizar los trámites posteriores respecto al pago de las cargas a satisfacer por el donatario.

La forma garantiza la fehaciencia del momento exacto del perfeccionamiento de la donación, lo que es determinante de su régimen jurídico, pues del momento de la donación depende la calificación de la capacidad y el poder de disposición del donante. Es decir, la exigencia de forma sustancial comprende también la exigencia exacta de identificación y delimitación del objeto donado, que no puede extenderse más allá de lo expresamente determinado en la escritura de donación<sup>70</sup>.

El Código Civil no precisa de manera taxativa si para la figura de la donación se requiere como requisito formal la aceptación del donatario, sin embargo, los autores CASTILLO FREYRE y TORRES MALDONADO<sup>71</sup> han considerado que de ninguna manera se puede interpretar la donación como un acto unilateral, básicamente por dos razones fundamentales para ello. La primera de ellas consiste en que no podríamos, por elemental sistemática, llegar a otra conclusión, en virtud de que la donación está regulada entre los artículos 1621 y 1647 del Código Civil y constituye el Título IV de la Sección Segunda, Contratos Nominados del Libro VII, relativo a las Fuentes de las Obligaciones (es decir, hablamos propiamente de un contrato). La segunda razón en la cual se sostiene el carácter contractual de la donación es que, en nuestro ordenamiento jurídico, cualquier acto de liberalidad, para poder surtir efectos, debe contar con el asentimiento del eventual beneficiario; de tal forma que se puede precisar que la donación es un contrato simple, pues da lugar a una sola relación jurídica, complementándose que un contrato de disposición, implicando una disminución en el patrimonio del donante a favor del donatario, sin que se vea compensada por ninguna.

---

<sup>70</sup> Ibid, p. 387.

<sup>71</sup> Cfr. CASTILLO FREYRE, M., TORRES MALDONADO, M. *La forma en la donación Propter Nuptias: ¿Una excepción que se convierte en regla?*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/12776>. P.262. (Consultado el 23/11/18).

La donación constituye una manifestación de voluntad negocial que se podrá realizar de manera expresa o tácita, y supone la afinidad del aceptante con la oferta, llevando de forma implícita la voluntad de estar vinculado contractualmente<sup>72</sup>. Además, agregan CARRERA y TORRES, que el contrato de donación es de carácter recepticio, porque la aceptación del donatario constituye un requisito para la perfección del contrato. De no producirse la aceptación, estaremos en presencia de una mera oferta de contrato, la cual podrá ser revocada por el oferente. Sin la aceptación, la donación carecerá de validez convirtiéndose en una mera oferta y trayendo consigo la posible revocabilidad por parte del donante<sup>73</sup>. Máxime si el artículo 1632 del Código Civil señala que el asentimiento del donante a la enajenación de los bienes que constituyen la donación determina la renuncia del derecho de reversión. Contrario sensu, la aceptación perfecciona como tal el contrato de la donación, obligando de tal manera al donante a la entrega del bien, sin oportunidad de reversión de la “oferta” (bien donado).

La naturaleza jurídica de la donación radica en ser reconocida como un contrato por medio del cual se podrá transferir un bien mueble o inmueble, según el proceso establecido en el Código Civil, y cuyo perfeccionamiento llevará implícita la aceptación de la parte beneficiada (donatario), a efectos lograr los efectos jurídicos deseados, máxime si tal aceptación permitirá la disposición de los bienes, siempre que se haya seguido el trámite correspondiente cuando se habla de bienes muebles cuyo valor supera o no el 25% de la UIT vigente al momento de la firma del contrato, así como para el caso de los bienes inmuebles.

La principal diferencia del contrato de donación con el acto jurídico de la renuncia, es que – al igual que en el caso de la condonación– hablamos propiamente de un acto bilateral, en donde resulta fundamental la aceptación de la otra parte para que efectivamente surta efectos el desprendimiento por parte de una de ellas en favor de la otra, más aún si en el caso de la donación se regula una especie de desprendimiento respecto a bienes (muebles o inmuebles) y no de derechos o actos reconocidos, como sí sucede en el caso de la renuncia o la condonación.

### **3. Uso indebido de la renuncia para encubrir incumplimiento contractual**

No parece posible determinar de manera fehaciente las razones que llevarían a un contratista a la renuncia de los mayores gastos generales variables que han sido otorgados como consecuencia de la procedencia de una ampliación de plazo del contrato de obra.

---

<sup>72</sup> Ibid, p.263.

<sup>73</sup> Ibid, p.263.

Si bien es cierto la posibilidad de renunciar a los mayores gastos responde a una manifestación de su voluntad del contratista, no guarda sentido lógico con sus propios intereses y aquel equilibrio económico que buscan las partes al suscribir el contrato.

Esto nos lleva a cuestionarnos si existe alguna posibilidad que la solicitud de ampliación de plazo del contrato de obra sea una forma de encubrir un incumplimiento contractual por parte del contratista, el cual busca que con la renuncia a los mayores gastos generales variables, se configure una especie de negociación para el otorgamiento de la ampliación de plazo, evitando sanciones y perjuicio económico a su cargo.

Podría sonar excesivo plantearnos tal posibilidad. Sin embargo, la realidad nos ha llevado a darnos cuenta que las partes siempre buscan salvar responsabilidad frente a algún incumplimiento contractual y de esta manera evitar ser pasible de sanciones que vayan en contra de sus intereses.

En el contrato de obra, el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista puede generar una serie de consecuencias que perjudican su patrimonio: la aplicación de penalidad, la resolución del contrato o la intervención económica.

Respecto al primero, según lo establecido en el artículo 161 del RLCE, las penalidades se deducen de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento. Pueden alcanzar hasta el 10% del monto del contrato vigente, de acumularse el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidad en la ejecución de la prestación a cargo del contratista, según lo establecido en el artículo 164 del precepto normativo antes descrito, la Entidad puede resolver el contrato de conformidad con el artículo 36 de la LCE, y consecuentemente una vez consentida la resolución, la Entidad podrá ejecutar la totalidad de la carta fianza de fiel cumplimiento otorgada por el contratista, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños irrogados en favor de la Entidad.

En segundo lugar, encontramos la resolución del contrato por incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a cargo del contratista, pese a haber sido requerido para ello. Ya había señalado que la acumulación de la penalidad máxima configura una causal de resolución del contrato; sin embargo, la normativa de contrataciones del Estado, también faculta a la Entidad a resolver el contrato cuando exista un incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales del contratista, lo cual a su vez también traería consigo la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento otorgada a su

favor, así como la posibilidad del cobro de una indemnización por los mayores daños irrogados a favor de la Entidad.

Por último, existe la figura de la intervención económica de la obra, a través de la cual, según lo estipulado en el artículo 204 del Reglamento, la Entidad puede, de oficio o a solicitud de parte, intervenir económicamente la obra en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de los trabajos. La intervención económica no deja al contratista al margen de su participación contractual, y sus obligaciones correspondientes, perdiendo el derecho al reconocimiento de mayores gastos generales, indemnización o cualquier otro reclamo, cuando la intervención sea consecuencia del incumplimiento del contratista. Si el contratista rechaza la intervención económica, el contrato es resuelto por incumplimiento.

Las tres alternativas antes desarrolladas no favorecen en absoluto al contratista que incumple con sus obligaciones contractuales, máxime si está en juego la devolución de la carta fianza de fiel cumplimiento. Garantía que justamente busca asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales que han sido asumidas a cargo del contratista en pro del interés público surgido a raíz de la suscripción del contrato. Entonces, no podemos descartar la posibilidad de que la solicitud de una ampliación de plazo sea una manera de encubrir un incumplimiento contractual por parte del contratista, el cual busca negociar tal procedencia con la renuncia a los mayores gastos generales variables, y de esta manera evitar un mayor perjuicio económico, que en el supuesto que la Entidad adopte las sanciones correspondientes al contratista que incumplió.

Hablar de esta especie de simulación inevitablemente trae de la mano el tema de la corrupción y la necesidad de luchar contra ella. Para el caso de las contrataciones del Estado, las partes se encuentran bajo supervisión directa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, de la Contraloría General de la República – CGR, e incluso del Ministerio Público. Sin embargo, en muchas ocasiones parece no ser suficiente pues vivimos en una sociedad en donde parece que la corrupción es la regla general y no la excepción.

Así, a fin de lograr un verdadero cambio en la sociedad y en el Estado Peruano, actualmente se ha venido desarrollando una política nacional de integridad y lucha contra la corrupción, la cual ha sido formalmente aprobada mediante Decreto Supremo N° 092 – 2017 – PCM, y cuyo Plan Nacional de Integridad y Lucha Contra la Corrupción 2018 – 2021 ha sido aprobado mediante Decreto Supremo N° 044 – 2018 – PCM. Sobre este último, me permito citar el Primer párrafo del Preámbulo, el cual considero engloba de manera perfecta la

realidad en la que vivimos y la necesidad del cambio propuesto por el Presidente de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, que señala:

“Sin necesidad de acudir a estadísticas ni encuestas, todos los ciudadanos peruanos sabemos que la corrupción es uno de los principales problemas en el país si acaso no el principal. Lo vemos y lo vivimos todos los días de una u otra manera a través de los medios de comunicación que dan cuenta de la compra de voluntades políticas, de acuerdos para beneficiar ilegítimamente intereses particulares y de decisiones que no se fundamentan en el interés general sino en el interés de unos pocos. Pero también vivimos la corrupción cuando somos víctimas de un mal servidor público que exige algún pago o beneficio irregular para permitirnos acceder a servicios públicos básicos que por derecho nos corresponden como la salud y la educación”.

Sin pretender alejarme demasiado del objeto materia de investigación, la necesidad de cuidar el interés público sobre el de los particulares es fundamental para el correcto desarrollo del Estado y la sociedad. Las contrataciones del Estado es uno de los temas más importantes y a la vez menos desarrollados – o al menos no la profundidad que se merece – por el legislador. De tal manera que, la Entidad como instrumento de la Administración Pública, debe mantenerse fuerte en su regulación y en sus objetivos, cuidando el desarrollo de la sociedad general, sin que esto signifique sobreponerse a los derechos del contratista, lo cual a su vez, tampoco significa favorecerle cuando no le corresponde.

#### **4. Crítica y propuesta**

A lo largo del presente trabajo, he venido desarrollando el reconocimiento de los mayores gastos generales variables como un efecto derivado de la ampliación de plazo de un contrato de obra pública. Sin embargo, el verdadero núcleo de la problemática de esta investigación recae en la posibilidad o no de la renuncia del contratista al cobro de estos mayores gastos, y las condiciones en las que debería otorgarse.

Ni la Ley de Contrataciones del Estado, ni su Reglamento, han contemplado la posibilidad o prohibición de la renuncia a los mayores gastos generales variables reconocidos al contratista. Por el contrario, en el marco del principio del derecho de que lo que no está prohibido está permitido, es el Órgano Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, quien a través de su Dirección Técnica Normativa, en diversas oportunidades ha emitido pronunciamiento respecto a la posibilidad que tiene el contratista de renunciar al concepto antes descrito. No obstante, el OSCE simplemente se limita a introducir la posibilidad de la

renuncia, indicando únicamente que esta debe ser emitida de manera posterior a la aprobación de ampliación de plazo, y siempre que no haya sido bajo coerción o vicios en la manifestación de su voluntad.

La Opinión N° 012 – 2014/DTN, señala:

“(…) que si bien **la renuncia** no está regulada expresamente en el Código Civil, **la doctrina la define como "(...) un acto unilateral, ejercitado sólo por el acreedor de la relación obligacional, pues si contara con el asentimiento oportuno del deudor -sin dejar de encontrarnos dentro del campo de la renuncia- se trataría de una condonación (...)**".

De tal forma que, la naturaleza jurídica que ha sido otorgada por esta institución respecto a la renuncia a los mayores gastos generales, es de un acto jurídico unilateral, a través del cual el contratista con su sola manifestación renuncia al cobro de los mayores gastos otorgados a su favor, diferenciándolo concretamente de la condonación.

En ese orden de ideas, resulta necesario cuestionarnos si es o no correcto hablar de la renuncia al cobro de mayores gastos generales variables como un acto jurídico unilateral en donde el contratista, con su sola manifestación de voluntad y sin requerir respuesta de la Entidad, puede ocasionar el efecto jurídico deseado (el desprendimiento de ese derecho que ha sido reconocido como consecuencia de una ampliación de plazo).

GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ en su libro titulado *Curso de Derecho Administrativo II*, definen la renuncia como:

“actos jurídicos de los administrados por los cuales éstos abdican de una titularidad jurídica que les corresponde. Ocurre, sin embargo, que lo que en el ámbito jurídico privado es excepcional constituye, en cambio, la regla general en el Derecho Administrativo, ya que lo normal en éste es que el interés público esté en juego de un modo u otro en la mayor parte de los casos. Por esta razón es frecuente que para la eficacia de la renuncia de un derecho -las potestades son, por su propia naturaleza, irrenunciables, como ya nos consta -se exija la acepción de la misma por la Administración que es quien tiene que valorar su incidencia sobre los intereses generales implicados. Esta exigencia es prácticamente general (salvo, quizás, en el caso de los derechos económicos ya devengados por el renunciante y en el supuesto de los derechos de prestación) y opera, incluso, en defecto de la norma expresa que la imponga, en todos aquellos casos en los que la renuncia implica alguna incidencia sobre los servicios de la Administración”<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E y RAMÓN FERNÁNDEZ, T. *Curso de Derecho Administrativo II*. Doceava edición. Thomson Reuters. Navarra, 2011, p.100.

A primera vista parece que nos encontramos ante una contraposición de normativas. Por una parte, tenemos la premisa del interés general como característica fundamental e inherente del Derecho Administrativo y que a grandes rasgos podemos decir regula las contrataciones del Estado. Mientras que, por otra parte, hemos señalado que ante la ausencia de pronunciamiento en la Ley de Contrataciones del Estado, resulta aplicable de manera supletoria las disposiciones contenidas en el Código Civil, en donde tiene como característica fundamental la producción de efectos como consecuencia de la manifestación y voluntariedad de las partes.

La aplicación del Código Civil como norma supletoria a las contrataciones del Estado debe ser entendida cuidadosamente, pues, la aplicación de una norma supletoria, se debe realizar en tanto no contravenga las disposiciones contenidas en la norma específica. Bajo la idea del contrato de obra como una forma de satisfacción de las necesidades del interés público, el Estado no responde a intereses propios, sino que es el instrumento jurídico a través del cual la Administración realiza una obra en pro de la sociedad y el interés público, teniendo como marco normativo las contrataciones del Estado, que a su vez busca maximizar el dinero del contribuyente; sin que esto signifique sobreponerse frente a los derechos e intereses reconocidos al contratista como parte contratada para la ejecución.

Lo antes descrito, se encuentra íntimamente relacionado con la idea del equilibrio económico y el principio de equidad, pues, el Estado no hace ejercicio de sus facultades a dispensa de otros. GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ, concuerdan en que el Estado busca equiparar las prestaciones y los derechos de las partes, sin perjuicio de las facultades propias en la gestión del interés general que busca proteger. Consecuentemente, si la Administración Pública modifica el objeto del contrato de toda lógica que deba compensar al contratista todas las consecuencias de la modificación<sup>75</sup>.

Más allá de ver la figura de la renuncia como una simple manifestación de voluntad discrecional del contratista, debemos considerar los motivos que responden a tal renuncia y si efectivamente basta su sola manifestación de voluntad para generar efectos. No debemos olvidar que la renuncia a estos gastos generales variables, es tácitamente una renuncia a ese equilibrio económico que se busca garantizar como consecuencia de la modificación del contrato. ¿Podríamos decir que nos encontramos ante una petición graciable?, ¿Debería la Entidad emitir pronunciamiento respecto a la procedencia o no de la renuncia?

---

<sup>75</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E y RAMÓN FERNÁNDEZ, T. *Curso de Derecho Administrativo I*. Doceava edición. Thomson Reuters. Navarra, 2011, p.707.

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado se limita a señalar la renuncia como un acto unilateral, diferenciándolo de la compensación. No se puede negar que el derecho reconocido recae en la esfera económica del contratista, quien a su discrecionalidad puede hacer (en el sentido más amplio de la palabra) lo que crea conveniente con ello. No obstante, en el caso de los contratos del Estado, no podemos ver la acción de la renuncia como un acto individual, sino que debe verse el panorama de manera general.

VÁZQUEZ MANTILLA, ha considerado existe en la regulación de los contratos, tanto privados como públicos, una exaltación del principio de la autonomía de la voluntad, pero, es en esa voluntad la que se funda, precisamente, la obligatoriedad del contrato<sup>76</sup>. Durante la ejecución del contrato de obra pueden ocurrir diversas circunstancias que obliguen a las partes a modificar el contrato y a su vez reconocer una serie de conceptos como una forma de compensación o indemnización, lo cual permitirá mantener el equilibrio entre las partes. En el caso concreto, la renuncia al cobro de los mayores gastos generales variables, es justamente una renuncia a una consecuencia lógica y legal otorgada por el legislador frente a una ampliación de plazo reconocida a favor del contratista.

El análisis formulado por la Dirección Técnico Normativa del OSCE no responde realmente a los conceptos matrices de la Administración Pública, pues se ha enfocado sólo en ver el acto de la renuncia de manera aislada y no identificando de manera completa qué es lo que significa tal renuncia en el ordenamiento. Así, parece más apropiado convenir la necesidad de obtener una respuesta positiva por parte de la Entidad, quien deberá evaluar la incidencia de tal renuncia, configurándose un verdadero procedimiento que respete el principio de equidad, equilibrio económico y fin público.

A ciencia cierta, no se puede determinar por qué el contratista se desprendería de esa compensación económica inherente a la modificación directa del plazo contractual, pues si bien es cierto es una facultad del contratista hacerlo, en muchas ocasiones se emplea de manera errónea para pretender cubrir algún incumplimiento, por desconocimiento o por error. Lo que sí parece claro, es que en el marco del principio de equidad de las partes y el equilibrio económico del contrato, el pronunciamiento de la Entidad respecto a la manifestación de la renuncia emitida por el contratista resulta fundamental, pues de esta manera la Administración Pública hará un verdadero análisis sobre la incidencia que puede traer aquella renuncia en el interés general.

---

<sup>76</sup> Cfr. VÁZQUEZ MATILLA, F.J. *op. cit.*, p. 30.

En toda norma jurídica existe un presupuesto de hecho al cual la ley le enlaza efectos jurídicos. El supuesto de hecho y la norma que le confiere efectos son indispensables para que aquellos se produzcan. Sin embargo, conforme lo advierte TORRES VÁSQUEZ, también es cierto que no existe legislación alguna en el mundo que haya previsto todos los hechos presentes y futuros, muchos de ellos imprevisibles pues son producto de la rapidez del crecimiento material, del progreso técnico, científico y humanístico<sup>77</sup>.

Ante la falta de disposiciones contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento (norma especial previa), se deberá aplicar de manera obligatoria al hecho o relación jurídica que se dé a lugar, la norma supletoria, siempre que no sea incompatible con la norma suplida. Para el caso concreto de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, la Dirección Técnico Normativa del OSCE mediante Opinión N° 107 – 2012/DTN, ha considerado que ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de contrataciones del Estado que se ocupa de la ejecución contractual, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles.

Al ser el Código Civil la normativa de aplicación supletoria a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, se puede analizar las figuras que contempla ésta y ver la posibilidad y compatibilidad de aplicación a la controversia formulada a raíz de la renuncia de los mayores gastos generales variables.

Una problemática constante que se ha venido desarrollando, es el superficial y casi carente desarrollo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado respecto a la naturaleza jurídica de la aludida figura. Así, el OSCE considera la renuncia a los mayores gastos generales como un acto jurídico por el cual el contratista, con su sola manifestación logra el efecto deseado. Es decir, el desistimiento al cobro de un derecho reconocido a raíz de una ampliación de plazo. Sin embargo, tal supuesto contraviene propiamente la naturaleza de la Administración Pública y su innata necesidad de buscar el interés general. En otras palabras, la renuncia del contratista al cobro de los mayores gastos generales variables, es una manifestación expresa de rechazo a un concepto que busca el equilibrio económico contractual de las partes, y que no es otra cosa que una especie de reparación a la parte afectada por la modificación del plazo del contrato de obra y que por circunstancias no imputables a éste, deberá trabajar un mayor periodo al contemplado de manera primigenia.

---

<sup>77</sup> Cfr. TORRES VÁSQUEZ, A. *Introducción al Derecho, Teoría General del Derecho*. Segunda edición. Temis S.A. Lima, 2001. pp. 607 - 608.

A costa de lo señalado por el OSCE, no parece correcto se entienda a la renuncia como un acto jurídico aislado a la esencia misma del Derecho Administrativo, y consecuentemente, a las contrataciones del Estado, cuya base se desarrolla justamente en el interés público, en el principio de equidad y en el equilibrio económico contractual. Por el contrario, resulta fundamental exista un pronunciamiento de la Entidad respecto a la procedencia o no de esta renuncia emitida por el contratista, pues es la Entidad quien deberá evaluar y verificar los alcances y la incidencia que genera aquella renuncia en el equilibrio económico y la equidad de las partes.

Más allá de hablar de una renuncia como un acto jurídico válido en sí mismo y por su sola manifestación, cabe cuestionarnos si en realidad nos encontramos ante una condonación de deuda del contratista a la Entidad, lo cual implicaría el necesario pronunciamiento del deudor a efectos de generar verdaderos efectos y saldar aquella obligación de pago derivada de la modificación del contrato de obra por una ampliación de plazo.

La figura de la condonación es desarrollada en el Título V de la Sección Segunda del Libro VI del Código Civil, cuyo Artículo 1295 establece que la aprobación de la condonación – en cualquier modo que se apruebe – extingue la obligación. Aterrizándolo en la figura de la condonación al caso de la renuncia del contratista al cobro de los mayores gastos generales variables, se tiene que el contratista de manera libre y voluntaria emite una manifestación de voluntad a través del cual busca dejar libre de obligación de pago a la parte deudora. No obstante, la característica más relevante y sustancial de esta figura, es la necesidad de la aceptación por parte del deudor respecto a la condonación formulada, toda vez que existe la posibilidad que el deudor no quiera verse favorecido por el perdón de la deuda, sino que desea cumplir con sus obligaciones contractuales.

La necesidad que la Administración Pública evalúe aquella incidencia que originaría la renuncia al cobro de los mayores gastos en la economía contractual, busca que bajo ninguna circunstancia aquella renuncia signifique un perjuicio o una disminución desproporcionada del ámbito económico del contratista, quien se encuentra en un estado de inferioridad ante un Estado cuyas facultades son evidentemente desiguales.

El derecho civil se encarga justamente de regir los vínculos privados que surgen entre las partes y que ellas establecen entre sí, protegiendo sus intereses generales. Los actos jurídicos que surjan entre las partes tiene como principal manifestación la libertad de las personas para darse su propia ley y regular mediante ellas sus relaciones privadas, pues de la manifestación de la voluntad de las partes que es plasmada en el contrato, independientemente del régimen

contractual al que las partes decidan someterse, las reglas previstas son definitivas para ambas.

La figura de la condonación conlleva a una manifestación armoniosa del Derecho Civil como norma aplicable de manera supletoria, y el Derecho Administrativo (Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento) como norma específica. Toda vez que, la renuncia al cobro de los mayores gastos generales variables es una manifestación clara y directa del deseo del contratista en su calidad de acreedor, la cual requiere la aceptación de la Entidad en su calidad de deudor, quien evaluará que aquella renuncia no signifique un perjuicio desproporcionado del contratista, sino que por el contrario, se otorga en mérito al principio de equidad y al equilibrio económico del contrato de obra suscrito entre las partes, evitándose, además, una excesiva onerosidad de la prestación

Sin perjuicio de lo antes descrito, una vez más considero importante recalcar la falta de regulación por parte de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento respecto a la renuncia del contratista al cobro de los mayores gastos generales variables derivados del reconocimiento de una ampliación de plazo del contrato obra. Tal ausencia de pronunciamiento ha traído una serie de irregularidades causando que en muchas ocasiones la Entidad se vea excesivamente perjudicada, ya sea por la mala fe del contratista o por la negligencia de su actuar. Entonces, a pesar de que se ha considerado las disposiciones del Código Civil como regulación supletoria ante la ausencia de pronunciamiento en la normativa de contrataciones del Estado, en tanto sean compatibles; lo cierto es que tanto la Ley de Contrataciones del Estado como su Reglamento, adolecen de desarrollar figuras fundamentales para la efectiva ejecución de un contrato de obra, como lo es, la renuncia al reconocimiento de los mayores gastos generales variables, su naturaleza, su procedimiento, su oportunidad, o incluso los criterios que se tomarán en cuenta para acreditar de manera objetiva la existencia de coerción o vicio en la manifestación de voluntad del contratista renunciante.

Las contrataciones del Estado están tomando mayor importancia en el ordenamiento peruano, buscando un enfoque de Gestión Pública por resultados a fin de maximizar el valor de los recursos públicos en los procesos de contrataciones, motivo por el cual resulta necesario que la norma y la realidad crezcan de la mano. No basta con una “aplicación supletoria del Código Civil en lo que no sea incompatible”, pues existen figuras que por su naturaleza necesitan ser desarrolladas a mayor profundidad, como lo es la renuncia al cobro de los mayores gastos generales variables. Esto permitirá velar por los intereses, no solo de la

Entidad como una de las partes, sino del Estado como medio del ciudadano, que busca que el bien común y la prevalencia del desarrollo sobre todas las cosas.



## Conclusiones

**Primera.** La obra pública es una de las manifestaciones del Estado que tiene como finalidad satisfacer de la mejor manera el interés público en condiciones que respondan a las necesidades de la sociedad.

**Segunda.** De la suscripción del contrato de obra pública surgen derechos y obligaciones para la Administración y para el contratista. Por una parte, el contratista tiene el derecho de recibir el precio pactado como contraprestación por el trabajo contratado, así como también cobrar intereses por la mora en que pueda incurrir la Administración. Mientras que, la Administración puede exigir el cumplimiento de lo pactado, dentro de los plazos previamente establecidos y conforme al proyecto presentado, así como también puede producir la modificación del contrato.

**Tercera.** Bajo el parámetro de equidad y equilibrio que deben existir en las contrataciones del Estado, el legislador reconoce en favor del contratista los gastos generales variables como un efecto derivado de una ampliación de plazo del contrato de obra que se debió a causas no imputables al contratista.

**Cuarta.** La Dirección Técnica Normativa del OSCE ha reconocido la posibilidad de la renuncia del contratista al cobro de estos gastos, pues considera que los mismos responden a un derecho patrimonial y de libre disposición del contratista, remarcando que tal renuncia debe hacerse de manera libre y voluntaria, sin que exista coerción o vicio en la manifestación de voluntad del contratista, y que esta debe ser emitida de manera posterior al reconocimiento de la ampliación de plazo.

**Quinta.** La renuncia no oportuna o que vulnera la voluntad del contratista, trae una serie de controversias futuras, que deberán ser sometidas a los mecanismos de solución de controversias y cuya decisión podría originar contingencias a la Entidad, pues tal eventualidad generaría el pago del monto que ya consideraba no exigible, así como el pago de una indemnización e intereses por las valorizaciones correspondientes a los gastos generales variables no cancelados en su oportunidad y los costos y las costas del proceso extrajudicial.

**Sexta.** Desde una perspectiva otorgada por la Dirección Técnico Normativa del OSCE, la renuncia es aquel acto jurídico unilateral por medio del cual una de las partes (contratista)

renuncia a un derecho adquirido (gastos generales variables) con su sola manifestación de voluntad, no debiendo ser confundida con otras instituciones contempladas en el Código Civil como la condonación o la donación, al ser estos actos bilaterales en donde se necesita de la recepción y aceptación de la parte beneficiada a efectos de que pueda surtir efectos el deseo de perdón de deuda o el desprendimiento de un bien mueble o inmueble, respectivamente, en favor de la otra parte.

**Séptima.** El reconocimiento de los mayores gastos generales variables busca evitar el desequilibrio económico entre las partes que a la firma del contrato se sometieron a ciertas obligaciones en ciertas condiciones, condiciones que se ven modificadas a raíz de la aprobación de ampliación de plazo por causas no imputables al contratista. Entonces, más allá de ver la figura de la renuncia como una simple manifestación de la voluntad discrecional del contratista, debe considerarse los motivos a los que responde tal renuncia y determinar si es una manifestación de voluntad unilateral que no perjudica el equilibrio económico del contrato y la equidad entre las partes que suscribieron el mismo.

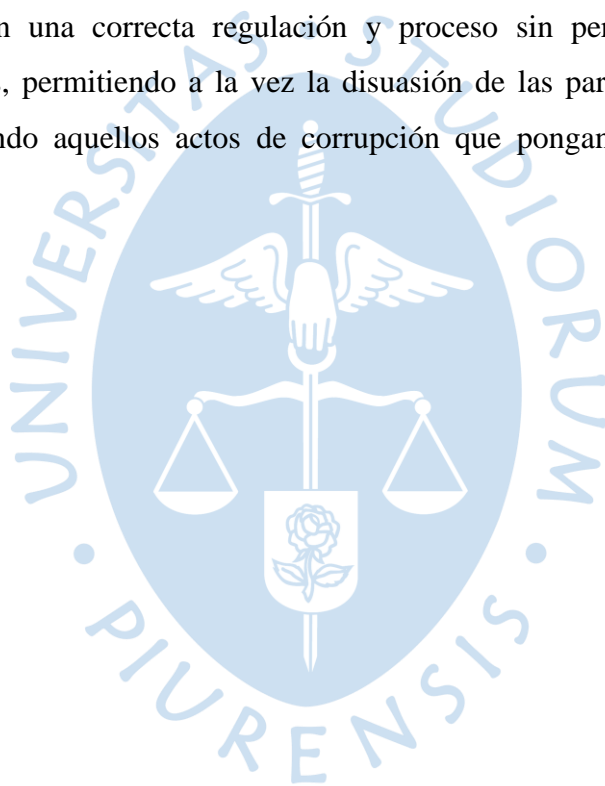
**Octava.** Teniendo en cuenta que la renuncia a los mayores gastos generales variables es tácitamente una renuncia a ese equilibrio económico que se busca garantizar como consecuencia de la modificación del contrato de obra, la facultad del contratista de renunciar a los gastos generales variables no debe ser aprovechada por la Entidad si es que esta significa una vulneración de los principios fundamentales de las contrataciones del Estado.

**Novena.** El análisis propuesto por la Dirección Técnica Normativa del OSCE no responde realmente a los conceptos matrices de la Administración Pública, pues no ha identificado de manera completa y concreta la renuncia en el ordenamiento. En ese sentido, es fundamental la necesidad del pronunciamiento de la Entidad al deseo del contratista de renunciar al cobro de los gastos generales variables, pues solo así la Entidad podrá evaluar la incidencia de la renuncia en el contrato suscrito entre las partes, configurándose un correcto procedimiento que respete el principio de equidad, equilibrio económico y fin público.

**Décima.** El deseo del contratista de renunciar al cobro de los gastos generales variables debe ser considerado como una condonación, siendo su principal característica la bilateralidad de las partes y consecuentemente la necesidad de pronunciamiento de la Entidad respecto a lo solicitado por el contratista para surtir efectos. Solo así hay un verdadero procedimiento en

donde la Entidad, en su calidad de representante del Estado, analiza y evalúa el impacto que tiene la renuncia en el contrato de obra suscrito entre las partes, velar por el interés de la sociedad, e incluso del particular que por diversos motivos se encuentra susceptible a ver vulnerados sus derechos ante el estatus de inferioridad que la misma naturaleza le otorga frente al Estado que busca mantener la equidad y el equilibrio en las contrataciones.

**Décima primera.** A fin de lograr el enfoque deseado por la normativa de contrataciones del Estado, resulta necesario que la norma se actualice en tanto la realidad así lo crea conveniente; y es que por la misma naturaleza de la renuncia a los gastos generales variables, tal figura necesita ser desarrollada con mayor énfasis o al menos establecerse pautas o criterios que permitan una correcta regulación y proceso sin perjudicar los derechos o intereses de las partes, permitiendo a la vez la disuasión de las partes de cometer de actos irregulares y eliminando aquellos actos de corrupción que pongan en peligro el correcto desarrollo del Estado.





### Referencias bibliográficas

- ABANTE TORRES, J. *Nuevos Enfoques de la Conciliación y Arbitraje*. Primera edición. Instituto Pacífico. Lima, 2016.
- ALPA, G. *El Contrato en General, Principios y problemas*. Primera edición. Instituto Pacífico. Lima, 2015.
- ALVARADO MAIRENA, J. *Contrataciones del Estado*. Tercera edición. Ediciones Gubernamentales. Lima, 2017.
- ÁLVAREZ ILLANES, J. y ÁLVAREZ LLOSA, R. *Manual Operativo de las Contrataciones del Estado*. Primera edición. Álvares & Llosa Editores Consultores. Lima, 2017.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. *El derecho de las obligaciones y de los contratos*. Primera edición. Instituto Pacífico. Lima, 2017.
- BACA ONETO, V. *La Invalidez de los Contratos Públicos*. Thomson Civitas. Navarra, 2016.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. *El Negocio Jurídico*. Madrid, España: Thomson Reuters. Madrid, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E y RAMÓN FERNÁNDEZ, T. *Curso de Derecho Administrativo I*. Quinceava edición. Thomson Reuters. Navarra, 2011.
- *Curso de Derecho Administrativo II*. Doceava edición. Thomson Reuters. Navarra, 2011.
- GUZMÁN NAPURI, C. *Las Contrataciones del Estado: Función del contrato administrativo, principios y entes rectores en la Ley de Contrataciones y su Reglamento*. Gaceta Jurídica. Lima, 2017.
- HUAMÁN ORDÓÑEZ, L. *Procedimiento Administrativo General, Comentado*. Primera edición. Jurista Editores E.I.R.L. Lima, 2017.
- MONEDERO GIL, J. *Doctrina del Contrato del Estado*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1977.
- PEÑA ACEVEDO, J. *Plazos de caducidad para solicitar el arbitraje administrativo en las contrataciones estatales del Perú*. Volumen 13. Editorial Palestra. Lima, 2010
- PÉREZ HUALDE, A. *Contratos Administrativos: Versión Crítica*. Revista Jurídica del Perú. Lima, 2004.
- RETAMOZO LINARES, A. *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y normas de control, Análisis y comentarios. Tomo I*. Onceava edición. Gaceta Jurídica. Lima, 2016.
- *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y normas de control, Análisis y comentarios. Tomo II*. Onceava edición. Gaceta Jurídica. Lima, 2016.

RETAMOZO LINARES, A. *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y normas de control, Análisis y comentarios. Tomo III*. Onceava edición. Gaceta Jurídica. Lima, 2016.

----- *Manual de Jurisprudencia del OSCE sobre Contrataciones del Estado*. Gaceta Jurídica. Lima, 2017.

TORRES VÁSQUEZ, A. *Introducción al Derecho, Teoría General del Derecho*. Segunda edición. Temis S.A. Lima, 2001.

VÁSQUEZ MATILLA, F.J. *La Modificación de los Contratos Públicos*. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2015.

VIDAL RAMÍREZ, F. *El Acto Jurídico*. Décima edición. Instituto Pacífico. Lima, 2016.

### Recursos Virtuales

CÉSPEDES ZAVALA, A. *La potestas variandi de la Administración Pública en los contratos de concesiones de obras y servicios públicos*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/issue/view/1178> (Consultado el 03/10/18).

DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. *Las cláusulas exorbitantes*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/issue/view/1003> (Consultado el 31/01/18).

GARCÍA LAMAS, G. *El Plazo en los Contratos de Obras Públicas*. Recuperado de [http://revistafiscalia.mop.cl/EnsayosJuridicos/Documents/El\\_plazo\\_en\\_los\\_contratos\\_de\\_obras\\_publicas.pdf](http://revistafiscalia.mop.cl/EnsayosJuridicos/Documents/El_plazo_en_los_contratos_de_obras_publicas.pdf) (Consultado el 18/01/18).

GORDILLO, A. *Tratado de Derecho Administrativo - Tomo 3: El Acto Administrativo*. Recuperado de <https://www.gordillo.com/tomo3.php> (Consultado el 19/02/18).

HERNÁNDEZ DIEZ, S. *Apuntes sobre la reforma en materia de Contratación Pública*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14392> (Consultado 17/11/18).

LINARES JARA, M. *El contrato administrativo en el Perú*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/viewFile/16358/16764> (Consultado el 09/01/18).

CASTILLO FREYRE, M., TORRES MALDONADO, M. *La forma en la donación Propter Nuptias: ¿Una excepción que se convierte en regla?*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12776> (Consultado el 23/11/18).

NOVAK TALAVERA, F. *La Teoría de Los Actos Unilaterales de los Estados*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/7125> (Consultado 16/10/18).

ROSAS FRANCO, E. *El debido procedimiento administrativo*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3147/3513> (Consultado 23/01/18).

VELÁSQUEZ VELA, V. *Variación de Precio en los Contratos de Ejecución de Obra Pública*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/issue/view/1156> (Consultado 30/01/18).

ZEGARRA PINTO, J. *Modificaciones al Contrato en la Normativa de Contrataciones del Estado (Ley N° 30225)*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14401> (Consultado 03/10/18).





## Opiniones del OSCE

- Opinión N° 050 – 2009/DTN (Aplicación supletoria del Código Civil a un contrato celebrado bajo la vigencia del RULCOP).
- Opinión N° 107 – 2012/DTN (Procedimiento de notificación durante la ejecución de una obra).
- Opinión N° 012 – 2014/DTN (Pago de los mayores gastos generales variables derivados de una ampliación de plazo).
- Opinión N° 014 – 2014/DTN (Cómputo de plazos y reconocimiento de mayores gastos generales).
- Opinión N° 017 – 2014/DTN (Definición de "paralización" y "atraso" en los contratos de ejecución de obra).
- Opinión N° 045-2014/DTN (Ampliación de plazo contractual).
- Opinión N° 082 – 2014/DTN (Renuncia al pago de gastos generales).
- Opinión N° 028 – 2015/DTN (Pago de gastos generales).
- Opinión N° 016 – 2016/DTN (Ampliación del plazo de ejecución en un contrato de obra).
- Opinión N° 174 – 2016/DTN (Inicio del plazo de ejecución en los contratos de suministros).
- Opinión N° 100 – 2017/DTN (Procedencia del pago de prestaciones adicionales de obra ejecutadas sin autorización).
- Opinión N° 191 – 2017/DTN (Notificación a través de medios electrónicos).
- Opinión N° 194 – 2017/DTN (Aplicación supletoria de la normativa de contrataciones del Estado).
- Opinión N° 195 – 2017/DTN (Causal de ampliación de plazo por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista).
- Opinión N° 232 – 2017/DTN (Procedimiento de Conciliación).
- Opinión N° 244 – 2017/DTN (Pago de los mayores gastos generales derivados de una ampliación del plazo de obra).