

APUNTES SOBRE EL PROYECTO EN LA OBRA PÚBLICA


Por el Dr. Nicolás Bonina*

El siguiente artículo fue publicado en La Ley, 2013-E, 819 y se reproduce con autorización expresa de su autor.

SUMARIO

I. Punto de partida	01
II. Conceptos básicos	02
III. Confección del proyecto vs. Ejecución de la obra	05
IV. El proyecto ejecutivo	09
V. Cuando la excepción se convierte en la regla	10
VI. La distribución de responsabilidades sobre el proyecto	14
VI.1. Distribución de riesgos en el esquema tradicional	14
VI.2. Cuándo deben denunciarse los errores del proyecto	20
VI.3. Distribución de riesgos en el esquema actual	21
VII. La licitación sin proyecto definitivo y por ajuste alzado	22
VIII. Apéndice técnico - el proyecto: qué documentos lo integran	23

I. PUNTO DE PARTIDA

La realidad supera, innumerable cantidad de veces, las regulaciones jurídicas. Es que la propia dinámica de la vida diaria y de las interacciones intersubjetivas, crea, altera, modifica y extingue diversas modalidades contempladas antaño, exigiendo continuos ajustes en la normativa.

* Abogado, docente y emprendedor. Experto en asuntos regulatorios, infraestructura, Derecho 4.0 y nuevas tecnologías. Fundador y Director de LexRock, fundador de Bonina Legal y Co-fundador de la Alianza Latinoamericana de Innovación Legal. Docente universitario (Universidad Austral y UCEMA), miembro de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, del Consejo de Redacción del Suplemento de Derecho Administrativo de La Ley, del capítulo argentino de Legal Hackers y de la Mesa de Innovación Financiera Fintech Lab del Centro de Estudios en Tecnología y Sociedad (CETyS) de UDESA. Autor de diversos artículos, columnas de opinión y libros de su especialidad.

Algo de esto es lo que sucede con el juego de los arts. 4¹ y 26² de la Ley 13.064 sobre Obras Públicas.

Los artículos en cuestión regulan de manera combinada distintos aspectos relativos al proyecto y al presupuesto en la obra pública y las responsabilidades que emanan para el contratista y la administración.

El principio fundamental que sienta el art. 4 es que toda obra pública debe ser licitada con el proyecto y presupuesto respectivos. Cualquier otro extremo es, justamente, la excepción.

Pues bien, veamos cómo funciona esto en la realidad y cuáles son las problemáticas que encontramos en la práctica.

II. CONCEPTOS BÁSICOS

Según PRIEUX, para la ejecución de una obra pública es necesario: a) el establecimiento de un ante-proyecto que fije las disposiciones técnicas principales y ofrezca un estudio del gasto a realizar junto con su medio de financiamiento, así como b) el establecimiento del proyecto.³ A continuación este autor menciona que el ante-proyecto debe contener especialmente la *situación* y definición de los trabajos proyectados.⁴ Luego de ello, la administración deberá aprobar los trabajos y

1. Art. 4 LOP: Antes de sacar una obra pública a licitación pública o de contratar directamente su realización, se requerirá la aprobación del proyecto y presupuesto respectivo, por los organismos legalmente autorizados, que deberá ser acompañado del pliego de condiciones de la ejecución, así como de las bases del llamado a licitación a que deban ajustarse los proponentes y el adjudicatario, y del proyecto de contrato en caso de contratación directa. La responsabilidad del proyecto y de los estudios que le han servido de base, caen sobre el organismo que los realizó.

El proyecto de obra pública deberá prever, en los casos de obra que implique el acceso de público, para su aprobación por los organismos legalmente autorizados, la supresión de las barreras arquitectónicas limitativas de la accesibilidad de las personas con discapacidad.

En casos excepcionales y cuando las circunstancias especiales lo requieran, el Poder Ejecutivo podrá autorizar la adjudicación, sobre la base de anteproyectos y presupuestos globales, los que tendrán el carácter de provisional por el tiempo necesario para que se preparen y aprueben los documentos definitivos.

Se podrá llamar a concurso para la elaboración de proyectos y acordar premios que se consideren justos y estimulantes, así como contratar los proyectos directamente en casos especiales.

Cuando conviniera acelerar la terminación de la obra, podrán establecerse bonificaciones o primas, las que se consignarán en las bases de la licitación.

2. Art. 26 LOP: El contratista es responsable de la correcta interpretación de los planos para la realización de la obra y responderá de los defectos que puedan producirse durante la ejecución y conservación de la misma hasta la recepción final. Cualquier deficiencia o error que constatare en el proyecto o en los planos, deberá comunicarlo al funcionario competente antes de iniciar el trabajo.

3. Prioux, Henri, *Traité pratique du droit des travaux publics*, v. 1, Paris, Éditions du moniteur des travaux publics, p. 50, § 19. Traducción libre del autor.

4. PRIEUX, *op. cit.*, p. 50, § 20.

formalizar el proyecto, *definido como el estudio detallado de todas las disposiciones necesarias para llevar adelante la obra, incluido el ante-proyecto y sus análisis.*⁵

Para BARRA, la elaboración del proyecto total y definitivo junto con su estudio forma parte de la actuación interna (*previa*) administrativa *para preparar* un llamado a una licitación pública.⁶ Al respecto, este autor señala que la preparación de los pliegos y del proyecto técnico de la obra es la “...actividad más difícil, y también más trascendente que debe encarar la Administración, por sí o contratándola con terceros, antes de formular el llamado a la presentación de ofertas.”⁷

Adviértase que se entiende por proyecto al “...desarrollo de un programa funcional, sintetizado mediante el diseño y llevado a cabo con las técnicas propias de cada caso, a través de un conjunto de documentos que habrá de definir de modo suficiente, en todos sus aspectos, la obra a ejecutar, de forma que pueda servir de base técnica bastante para la formalización de la misma.”⁸

Por su parte, FERNANDO MÓ define al proyecto como “...el conjunto de elementos gráficos y escritos que definen, con precisión, el carácter y finalidad de la obra y permiten ejecutarla bajo la dirección de un profesional.”⁹ Y BARRA afirma que el proyecto es “...el conjunto de instrumentos que individualizan al objeto mismo del contrato de obra pública, tanto considerándolo como obra terminada como, que es lo más importante, en cuanto que trabajo público [...]; todo ello en razón de que en el proyecto se definen «la naturaleza, la forma, la dimensión y la característica de la obra a realizar, como también la modalidad técnica de su construcción»”.¹⁰

El proyecto incluye aquellos estudios que *justifican la viabilidad de la obra*, tanto en su aspecto económico como en su aspecto técnico. Debe ir siempre precedido

5. PRIEUX, *op. cit.*, p. 54, § 41.

6. BARRA, RODOLFO CARLOS, *Contrato de obra pública*, t. 2, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 463 y ss.

7. BARRA, *op. cit.*, t. 2, p. 477.

8. FERNÁNDEZ COSTALES, JAVIER, *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977, p. 146; en el mismo sentido DEL ARCO TORRES, MIGUEL ÁNGEL / PONS GONZÁLEZ, MANUEL, *Derecho de la construcción*, Granada, Comares, 1993, pp. 159-160.

9. MÓ, FERNANDO F., *Régimen legal de las obras públicas*, Buenos Aires, Depalma, 1966, p. 73.

10. BARRA, *op. cit.*, t. 2, p. 477, con cita de CIANFLONE, ANTONIO, *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, 1981, p. 285.

de un anteproyecto,¹¹ el cual será la base definitiva para aquél. De esta forma, tanto el anteproyecto como el proyecto resultan de vital importancia para la obra, pues determinan el objeto de la misma, la calidad y cantidad de trabajos a realizar, materiales, maquinarias, planos y costos, los que forman el presupuesto global estimativo –que es base del presupuesto oficial de la posterior licitación–.

O sea, en esta etapa –que es preparativa de la voluntad administrativa referida a la contratación en cuestión– es en la cual, a través del anteproyecto y los planos y del proyecto, la administración *debe* evaluar si la obra *será viable para el fin buscado*, si su traza se encuentra liberada, si los costos de la obra podrán ser afrontados, si existen remociones que efectuar sobre o bajo tierra, si existen instalaciones de servicios públicos subterráneas que pueden obstaculizar seriamente la obra. Se deben establecer los objetivos perseguidos, se deben realizar los estudios de factibilidad de todos los extremos que estén involucrados en la obra. Se deben definir los materiales a utilizar, el método constructivo, el cálculo estructural, etc.

En fin, la etapa del anteproyecto y proyecto es en la que la administración *debe producir los elementos de juicio necesarios para tomar la decisión de llevar a cabo la obra* con la certeza de que la misma podrá ser llevada a su fin sin inconveniente alguno de magnitud, salvo causales imprevistas, claro está. Ello es así pues, a grandes rasgos, “[e]l proyecto determina el objeto de la prestación, y el presupuesto incluye forma y estimación del valor económico de la obra.”¹²

Estos pasos constituyen pasos previos y preparatorios a la formación de la voluntad contractual estatal, o sea, como afirma FIORINI, “[l]a promoción del proceso contractual se inicia después que la autoridad competente haya aprobado el proyecto de presupuesto, los pliegos y las bases de la licitación.”¹³

Muchas veces la decisión de realizar determinada obra precede a la realización del proyecto y del presupuesto. O sea, la decisión de realizar la obra antecede a los

11. Se ha definido al anteproyecto como “el conjunto de plantas, cortes y elevaciones, estudiados conforme a las disposiciones vigentes establecidas por las autoridades encargadas de su aprobación o, en su caso, el conjunto de dibujos y demás elementos gráficos necesarios para dar una idea general de la obra en estudio. El anteproyecto debe acompañarse de una memoria descriptiva escrita o gráfica, y de un presupuesto global estimativo. Cuando se trate de exposiciones, se presentará además un cálculo de explotación” (art. 45 del Decreto-Ley 7887/1955. Ver apéndice).

12. FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 1968, p. 471.

13. FIORINI, t. I, *op. cit.*, p. 471.

estudios de viabilidad de la obra o, en otros términos, la voluntad administrativa se materializa antes que se hayan realizado los estudios previos para formar esa voluntad.

En estos casos la administración licita una obra sin saber si la misma es viable técnica o económicamente. De ahí que las obras muchas veces terminen prorrogándose en forma indefinida, excediéndose del tiempo previsto; o terminen costando el doble o más de lo determinado en el presupuesto oficial. No siempre existe un problema de corrupción o connivencia entre administración y contratista, muchas veces simplemente la necesidad política de un gobierno de turno impulsó una contratación sin los estudios racionales y necesarios.¹⁴

III. CONFECCIÓN DEL PROYECTO VS. EJECUCIÓN DE LA OBRA

El profesional (sea arquitecto, ingeniero o maestro mayor de obra, según el caso) que crea toda esta serie de documentos¹⁵ que integran el proyecto, se denomina proyectista y se entiende que en esta creación realiza una obra intelectual, tanto artística como técnica.¹⁶

Ahora bien, en la obra pública y básicamente en cualquier locación de obra, encontramos dos tareas distintas y bien definidas: la concepción de la obra (confección del proyecto y del presupuesto) y la ejecución de la obra (que incluye la interpretación del proyecto, el replanteo, la elaboración del proyecto ejecutivo y la ejecución propiamente dicha). La primera de estas tareas implica la elaboración de toda la serie de documentos que integran el proyecto¹⁷ y constituye una obra intelectual. En la obra pública, por principio legal, esta tarea debe ser desarrollada por la propia administración comitente. Sin embargo, en muchos casos, ésta puede licitar la confección del proyecto a efectos que sea realizado por profesionales independientes o firmas consultoras que no forman parte de

14. Hemos propiciado una solución a esta problemática en BONINA, NICOLÁS / DIANA, NICOLÁS “¿Qué se entiende por contrato administrativo?”, en LA LEY, 2010-A, 1032.

15. Ver apéndice para el detalle de los documentos que integran el proyecto de una obra.

16. FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, p. 153; MOLINA, INÉS ELENA, *Responsabilidad de los profesionales de la construcción por ruina*, Buenos Aires, Ábaco, 1988, p. 69.

17. Ampliar en apéndice.

los cuadros de la administración.¹⁸ Ello surge del cuarto párrafo del art. 4 de la Ley 13.064 que permite el llamamiento de concurso para la elaboración del proyecto.

Esta tarea de concepción de la obra se diferencia de la de ejecución de la misma. La ejecución de la obra abarca distintas tareas, de distinta naturaleza e implica la actuación de distintos profesionales. La ejecución de los trabajos en el contrato de obra pública está a cargo del empresario, o sea, de la empresa contratista, adjudicataria del procedimiento de selección, ya que es este sujeto quien se compromete a entregar el *opus* y asume los riesgos inherentes para conseguir tal fin.¹⁹

En esta inteligencia, ante el comitente no se diferencia la responsabilidad individual de los profesionales de la empresa contratista –sean éstos contratados, bajo relación de dependencia o subcontratistas–. Es decir, al comitente no le importa qué responsabilidad corresponde a qué profesional del contratista en las diversas etapas de ejecución de la obra. Ante el comitente y ante los terceros, dentro del ámbito de riesgo asumido por la empresa contratista, la responsabilidad se unifica en ésta, que es quien tiene a su cargo la prestación de construir y entregar el *opus*.²⁰

En lo que respecta a la ejecución de la obra, nos topamos con la tarea de dirección de obra que es “...la función que el profesional desempeña controlando la fiel interpretación de los planos y de la documentación técnica que forma parte del proyecto y la revisión y extensión de los certificados correspondientes a pagos de la obra en ejecución, inclusive el ajuste final de los mismos.”²¹ En similar

18. Debe tenerse en cuenta que la contratación de servicios de consultoría “que bajo la forma de locación de obra intelectual o de servicios requiera la Administración Pública Nacional, sus dependencias, reparticiones y entidades autárquicas o descentralizadas, las empresas y bancos del Estado, las sociedades del Estado regidas por la Ley N° 20.705 y las sociedades de cualquier naturaleza, con participación estatal mayoritaria, a las empresas consultoras privadas” se rigen por las disposiciones de la Ley 22.460 (texto del art. 1 de la norma citada). Ampliar en MATA, ISMAEL, “El contrato administrativo de consultoría,” en A.A.D.A., *Contratos Administrativos*, t. 2, *Contratos especiales*. Buenos Aires, Astrea, 1982.

19. MOLINA, *op. cit.*, pp. 69-70. En cuanto a los riesgos en la obra pública, ampliar en BONINA, NICOLÁS, “Apuntes sobre la administración del contrato de obra pública”, LA LEY, 2008-D, 1105.

20. Ello es así porque por lo general los pliegos generales prevén esta responsabilidad, pero asimismo porque se deriva de la aplicación del art. 1113 del Código Civil en lo que respecta a la responsabilidad por dependientes o por personas a cargo del empresario, ya que el arquitecto o ingeniero no son empleados ni dependientes, se trata de una relación contractual, específicamente un contrato de locación de obra. Eso no implica que un tercero no pueda accionar además personalmente contra el ingeniero que dirige la obra, pero en este caso, sólo para hacer valer su responsabilidad profesional. Como contrapartida, el empresario podrá luego reclamarle al profesional interviniente los daños y perjuicios por sus incumplimientos o conductas negligentes que haya tenido que soportar frente a la comitente.

21. Art. 47 Decreto-Ley 7887/1955.

sentido, se ha dicho que esta tarea “consiste, por un lado, en dar las directrices necesarias para la ejecución de los mismos, bien a pie de obra o bien por dibujos, suministrando planos que detallen la ejecución y, por otro lado, en controlar los trabajos realizados.”²²

La dirección la obra debe ser llevada a cabo por un profesional con incumbencia pertinente respecto del tipo de obra de que se trate. Es conveniente que ese mismo profesional asuma la función de representante técnico. Este último es el profesional que asume la responsabilidad de la obra y por lo tanto “deberá preparar los planes de trabajo; supervisar asiduamente la marcha de ellos; responsabilizarse por los planos, cálculos, planillas, etc., de estructuras, instalaciones, etc.; preparar toda la documentación técnica necesaria, como especificaciones, confección de subcontratos, etc.; coordinar a los distintos subcontratistas y proveedores, etc.”²³ Sin embargo, en algunos casos, la representación técnica es llevada por un profesional distinto al que dirige la obra. En este último supuesto, el representante técnico debe controlar que la dirección sea llevada adecuadamente, pues, como se dijo, es este profesional quien asume la responsabilidad de la obra y, consecuentemente, de su dirección.

Otra tarea consiste en la ordenación, vigilancia e inspección especial de los trabajos, que “es el control continuo y casi permanente de la ejecución de la obra, actividad que no hay que confundir, consecuentemente, con la de supervisión general o control general, ya que, como hemos señalado, esta última actividad está comprendida en la de dirección de los trabajos.”²⁴

Esta tarea puede ser realizada por un arquitecto, ingeniero, sobrestante o hasta un capataz. Se trata de una tarea propiamente ejecutiva, a diferencia de las anteriores, que son de corte intelectual.

Debe tenerse en cuenta que, la responsabilidad técnico-profesional por la obra siempre será asumida por el representante técnico, pero, la responsabilidad

22. FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, p. 157.

23. CASELLA / FARO, *op. cit.*, p. 248.

24. FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, p. 158.

civil, penal, administrativa, patrimonial, etc. será soportada, en principio, por el empresario.

De la comparación entre la tarea de elaboración del proyecto de obra y la tarea de ejecución de la misma, se advierte fácilmente que constituyen tareas sustancialmente distintas.

Las tareas de elaboración del proyecto y las de ejecución, en principio, nunca deberían juntarse en cabeza del contratista, salvo “[e]n casos excepcionales y cuando las circunstancias especiales lo requieran”. El texto corresponde al tercer párrafo del art. 4º de la LOP, que bajo estas condiciones extraordinarias permite a la administración autorizar la adjudicación sobre la base de anteproyectos y presupuestos globales, poniendo en cabeza del contratista la realización del proyecto definitivo.

La idea de no acumular en cabeza del contratista la concepción de la obra y su ejecución reside en obtener una concepción y un presupuesto lo más imparciales y objetivos posibles, a fin de evitar que el que concibe la obra pueda especular con ejecutarla después.

Pues bien, aquí es donde comienzan los problemas entre lo normado y la realidad. Podemos identificar dos problemáticas bien específicas:

- En primer lugar, pues tal como se ha dicho, “ni aun contando con el proyecto más definido, éste no deja de ser una simple hipótesis que necesita ser verificada en la obra, pues la realidad descubre siempre la posibilidad de mejorar las soluciones que inicialmente pudieran preverse [sic].”²⁵
- Aquí se da un supuesto especial. Ningún proyecto definitivo es definitivo del todo. Cuando dicho proyecto se intenta verificar *in situ* pueden surgir discrepancias, diferencias, desajustes, etc. Esto no implica que existan errores en el proyecto o que estemos frente a lo que se denomina dificultades materiales imprevistas. Simplemente, como toda obra intelectual abstracta,

25. FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, pp. 148-149.

pueden existir diferencias que deberán ajustarse a la realidad. Nos referimos a supuestos en los que determinada cañería deberá colocarse medio metro hacia la izquierda o que la tapada de una instalación subterránea deberá ser unos centímetros mayor a la proyectada, etc. Estos *ajustes* del proyecto definitivo a la realidad no conllevan la necesidad de realizar otro proyecto definitivo. Estos *ajustes* se solucionan con la elaboración de un proyecto ejecutivo (ingeniería o arquitectura de detalle), que está a cargo del contratista y forma parte del replanteo y de sus tareas de interpretación.

- En segundo lugar, porque la excepción contenida en el art. 4 en la práctica muchas veces se convierte en la regla, sea porque se utiliza la urgencia como fundamento o por la mutación de ciertas modalidades de contratación en las cuales la ingeniería la realiza el contratista, que antes se utilizaban para un objeto específico y que ahora se han extendido y generalizado.

Veamos en profundidad estos supuestos.

IV. EL PROYECTO EJECUTIVO

Muchas veces suele confundirse al proyecto de la administración con un anteproyecto y a la ingeniería de detalle con el proyecto definitivo. Ello es incorrecto. La ingeniería de detalle o proyecto ejecutivo es la verificación *in situ* de las especificaciones del proyecto definitivo. El art. 4 LOP prohíbe, salvo casos excepcionales, que la administración licite una obra sin un proyecto definitivo.

El proyecto, por regla general, debe elaborarlo la administración o contratarlo como locación de obra intelectual. La ingeniería o arquitectura (dependiendo del tipo de obra) de detalle la realiza el contratista, por lo general, luego del replanteo.²⁶

26. BARRA –siguiendo a JURISTO Sánchez– define al replanteo como la “...operación técnica que supone el ajuste de la obra en consideración al lugar de emplazamiento de la misma. Esta actividad se realiza *in situ*, deslindando y amojonando el terreno donde se realizará la obra.” Es decir, con el replanteo “...se procede a señalar determinados puntos que se toman de los planos y tiene como objeto comprobar la realidad geométrica de la obra.” (BARRA, RODOLFO CARLOS, *Contrato de Obra Pública*, t. 2, Buenos Aires, Ábaco, 1986, p. 720.)

Como señala este autor, el replanteo es una actividad preparatoria al llamado a licitación, que forma parte de las tareas propias de la preparación del proyecto y del análisis de factibilidad. A su vez, la comprobación del replanteo es el acto que realiza la administración y el contratista antes de comenzar la ejecución de la obra, en el cual “Este acto operativo significa la entrega del lugar donde se realizará la obra, y también determina la fecha de su comienzo.” (FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Derecho administrativo*, t. 1, 2º ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 708.)

FIORINI agrega que “El replanteo como acto de entrega, deberá hacerse constar en el acta de «replanteo», donde el contratista o su

Una vez que la administración determinó la viabilidad de la obra y especificó su objeto, todo ello mediante el proyecto definitivo, se selecciona contratista, que será quien verifique este proyecto en la realidad. Ahora bien, esta verificación del proyecto definitivo *in situ* siempre genera problemas de interpretación, de ajuste del mismo, de adicionales, ampliaciones, de responsabilidades, etc. Esto constituye una fuente constante de problemáticas respecto al principio general que establece el art. 4 LOP, pues por lo general el resultado de la verificación *in situ* arroja demasías o economías (ampliaciones o reducciones de trabajo) que o bien no quieren ser pagadas o no quieren ser perdidas. Cuanto más preciso sea el proyecto, menos diferencias habrá con el proyecto ejecutivo y menos diferencias en más o en menos habrá. Pero si las diferencias son grandes, también entran en juego las responsabilidades, porque la existencia de demasías implica incrementar el presupuesto oficial de la obra, lo que implicará tomar otras partidas, etc. Por más que la LOP establezca un sistema que en teoría funciona perfecto, en la práctica no lo es.

V. CUANDO LA EXCEPCIÓN SE CONVIERTE EN LA REGLA

Otra fuente de problemas en el esquema del art. 4 LOP lo constituye la generalización de la excepción que contiene. Me centraré en dos supuestos específicos.

El primero es el abuso retórico de la urgencia. Es decir, justificar como urgentes contrataciones que no lo son o, cuya urgencia fue provocada por la misma administración para no tener que realizar el proyecto (y, más específicamente, para no tener que llamar a licitación). Este supuesto es conocido, sucede en la práctica y no merece mayor profundización.

El segundo supuesto es un tanto más complejo. Se trata de la extensión y generalización de la modalidad de obras “llave en mano”.

representante deberá estar presente y suscribirla de conformidad o dejar constancia de los inconvenientes que se presentan para poder realizar la obra o aquello que no aparece asentado en los planos. El replanteo del lugar de la obra podrá hacerse en forma total o parcial.” (FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Derecho administrativo*, t. 1, 2º ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 708.) Para profundizar sobre las consecuencias jurídicas del replanteo, ampliar en BONINA, NICOLÁS, “Apuntes sobre la administración del contrato de obra pública”, LA LEY, 2008-D, 1105.

El art. 200 del Decreto 893/2012 menciona a la llave en mano como una de las modalidades de contrataciones permitidas.

El art. 207 de esta norma reproduce casi textualmente el art. 43 del Decreto 436/2000²⁷ al disponer que “[l]as contrataciones llave en mano se efectuarán cuando se estime conveniente para los fines públicos concentrar en un único proveedor la responsabilidad de la realización integral de un proyecto. Se aplicará esta modalidad cuando la contratación tenga por objeto la provisión de elementos o sistemas complejos a entregar instalados; o cuando comprenda, además de la provisión, la prestación de servicios vinculados con la puesta en marcha, operación, coordinación o funcionamiento de dichos bienes o sistemas entre sí o con otros existentes. Los pliegos de bases y condiciones particulares podrán prever que los oferentes se hagan cargo de la provisión de repuestos, ofrezcan garantías de calidad y vigencia apropiadas, detallen los trabajos de mantenimiento a realizar y todo otro requisito conducente al buen resultado de la contratación.”

La doctrina afirma que “[e]n la calificación de este contrato se ha señalado que se trata de una locación de obra de objeto múltiple, en que el locador o los locadores deberán ejecutar por un lado una determinada construcción, pero a la que se agregará otro complejo *opus u obra* como objeto contractual.”²⁸

Tal caracterización se basa en que en este tipo de contrataciones “...hay un resultado determinado susceptible de entrega que puede ser calificado como obra; pero esta obra es compleja: no consiste en una construcción, sino en una fábrica, un hospital, un aeropuerto, es decir, involucra tanto el edificio como todos los demás factores que hacen al funcionamiento. Por ello habrá aspectos que se regularán por el contrato de construcción de obras materiales, otros por el contrato de obra intelectual, otros por el de servicios, pero a todo ello hay que agregar un interés que actúa como elemento unificador: el funcionamiento de la planta contratada.”²⁹

27. El art. 43 del Decreto 436/2000 disponía que “[l]as contrataciones llave en mano se efectuarán cuando se estime conveniente para los fines públicos concentrar en un único proveedor la responsabilidad de la realización integral de un proyecto. Se aplicará esta modalidad cuando la contratación tenga por objeto la provisión de elementos o sistemas complejos a entregar instalados; o cuando comprenda, además de la provisión, la prestación de servicios vinculados con la puesta en marcha, operación, coordinación o funcionamiento de dichos bienes o sistemas entre sí o con otros existentes, mediante el uso de tecnologías específicas.”

28. LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los contratos*, t. II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 677.

29. LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los contratos*, t. II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 678.

En similar sentido, la jurisprudencia ha señalado que un contrato llave en mano “... comprende «la construcción de la obra, la provisión e instalación de los elementos o bienes respectivos, el manejo y supervisión del montaje, la provisión del método operativo, la asistencia y la puesta en marcha el entrenamiento del personal necesario para su funcionamiento cuando correspondiere, y todo otro servicio que resulte necesario para la concreción del bien objeto del contrato (Marzoratti, Osvaldo, Derecho de los negocios internacionales, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 724). Por él el contratista toma a su cargo el diseño, ejecución y todas las actividades completas y necesarias, según los requerimientos referidos por el cocontratante, durante un período de tiempo acordado y en virtud de un precio convenido.» (CNac.Com., Sala A, *in re: Netco SA c. Switch-Co SA*, 28/12/2006, LL, 2007-D, 660).

Por su parte, POLOTTO diferencia siete tipos de modalidades de la contratación llave en mano:

- “Llave en mano” clásico: “La concepción, construcción y puesta en funcionamiento de una instalación industrial o civil.”
- “Llave en mano” simple: “El *engineer* se obliga a idear la obra, suministrar el equipamiento y materiales y poner en funcionamiento la planta. El propietario o comitente se hace cargo del montaje de la instalación con la asistencia técnica y la supervisión del primero.”
- “Llave en mano” amplio: “Además de la concepción, construcción y puesta en funcionamiento, el *engineer* asume obligaciones complementarias (formación de personal, asistencia técnica, etc.)”.
- “Llave en mano” con suministro de tecnología, que este autor divide en turnkey contract (para la construcción y puesta en marcha del *opus*, el *engineer* elige y suministra la tecnología), semi-turnkey contract (cuando determinadas prestaciones tecnológicas corren a cargo del comitente o subcontratistas) y, comprehensive contract (cuando el propietario o comitente selecciona la tecnología que se incorporará a la obra proyectada, construida y coordinada por el empresario de la ingeniería de construcciones).

- “Llave en mano” mixto: “El propietario o comitente celebra un contrato de construcción tradicional para una parte del proyecto (v.gr., cimientos, obra civil, etc.) y uno “llave en mano” para el resto.”
- “Llave en mano” parcial: “Se ha afirmado que es la situación más frecuente. Se utiliza un contrato tradicional de construcción para la obra en su conjunto, recurriéndose para determinadas partes especializadas (v.gr., aire acondicionado) a un contratista por el método “llave en mano”.”
- “Semi-llave en mano”: “El propietario o comitente concluye diferentes clases de contratos, entre ellos uno “llave en mano”, encargándole al contratista de este último la coordinación general.”³⁰

Ahora bien, POLOTTO menciona que, “[n]o parece demasiado específico, ni importa diferencia alguna respecto a cualquier contrato de construcción clásico, sostener que un contrato «llave en mano» persigue como resultado final la entrega de una obra apta para su fin.”³¹ Entonces, cabe la pregunta: ¿dónde reside la diferencia con un contrato de construcción clásico?

La diferencia, reside en que en el contrato “llave en mano” existe un elemento unificador que es el funcionamiento pleno de la obra integral. Para ello –y he aquí la mayor diferencia con el contrato de obra clásico– el contratista asume *una responsabilidad global e integral*, como empresario, constructor y proyectista.³²

Como señala POLOTTO, citando a AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en este tipo de contratación, “[l]a empresa de ingeniería asume frente al propietario o comitente una obligación «global de resultado»: concebir, construir y poner en funcionamiento un proyecto; realizando para ello no solo lo efectivamente pactado, sino también todo lo necesario para el cumplimiento de la causa fin contractual, que tiene influencia decisiva en el desarrollo del contrato.”³³

30. Ampliar en POLOTTO, ERNESTO R. B., *Los contratos de construcción bajo la modalidad “llave en mano”*, Buenos Aires, Ábaco, 2009, pp. 112-114.

31. POLOTTO, *op. cit.*, p. 112

32. POLOTTO, *op. cit.*, p. 112.

33. POLOTTO, *op. cit.*, p. 160, con cita de HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, AURORA, *Los contratos internacionales de construcción llave en mano*, Comares, Granada, 1999, p. 167. Agregando, con cita de CAVALLO BORGIA, que “[d]esde este punto de vista la

O sea, los dos rasgos esenciales de los contratos “llave en mano” son: a) la fusión de las tareas de concepción y ejecución de la obra en una sola persona a fin de lograr el funcionamiento íntegro de una obra integral, y b) la obligación global asumida por el contratista frente al cliente de entregar una obra completamente equipada y en perfecto estado de funcionamiento.

La tendencia actual es la expansión de la modalidad del contrato llave en mano a supuestos distintos a los que respondía tradicionalmente.³⁴ Esto provoca que los contratos llave en mano proliferen y que la previsión del art. 4 de la Ley 13.064 quede en parte desactualizada, precisamente en lo que intentaba regular: la atribución de la responsabilidad por la concepción de la obra y por su ejecución. Téngase en cuenta que el art. 4 mencionado atribuye responsabilidad a la administración por la concepción de la obra y al contratista por la interpretación y ejecución de la misma. Pero, en los contratos llave en mano, estas dos actividades y responsabilidades recaen sobre el contratista.

VI. LA DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDADES SOBRE EL PROYECTO

VI.1. Distribución de riesgos en el esquema tradicional

Ahora bien, en el esquema tradicional de la Ley de Obras Públicas encontramos dos tareas bien diferenciadas: (a) la concepción de la obra y (b) la interpretación, replanteo y ejecución.

En la etapa de concepción, la responsabilidad por el proyecto y por los estudios que le sirvieron de base, recae sobre el organismo administrativo que los realizó.

Sin embargo, ¿qué sucede cuándo la administración llama a concurso para la elaboración del proyecto de una obra?

Las normas que regulan el ejercicio de la profesión de agrónomos, agrimensores,

obligación del *engineer* configura una típica obligación de resultado: la prestación asumida en el contrato consiste siempre en un logro determinado y si este no es conseguido o lo es en modo incompleto o imperfecto, independientemente de un nexo causal entre evento dañoso y conducta del *engineer*, éste será responsable (CAVALLO, BORDIA, ROSSELLA, *Il contratto di engineering*, Cedam, Padova, 1992, p. 63).

34. Ampliar en POLOTTO, *op. cit.*, p. 115.

arquitectos e ingenieros imponen la responsabilidad por el proyecto al proyectista, es decir, al profesional de estas áreas que lo confecciona.

En caso que quien confeccione el proyecto sea un organismo administrativo, a través de sus profesionales, funcionarios (órganos-persona) la responsabilidad por la elaboración del mismo recae sobre el organismo administrativo (órgano-institución).

Ahora, si la elaboración del proyecto se contrata con un sujeto privado (sea por contratación directa o por licitación) la responsabilidad de este profesional sólo jugará entre éste y la administración. Por aplicación del primer párrafo del art. 4° de la LOP, tal contratación para la elaboración del proyecto es inoponible para el constructor de la obra pública. Ello se deriva sencilla y lógicamente del esquema de responsabilidades impuesto por la LOP y por los principios generales.

Supongamos el siguiente caso:

La administración α contrata la elaboración de un proyecto con la consultora β (sea por licitación o por contratación directa).

La administración α aprueba el proyecto y abona el contrato a la consultora β .

En base a ese proyecto, se llama a licitación para una obra pública determinada, en la cual resulta adjudicataria la empresa constructora φ .

Luego, se advierte que debido a cierto error imputable a la consultora β deberá modificarse parte del proyecto, lo cual encarecerá la obra al constructor φ debido al cambio de materiales y cantidades de los mismos.

La constructora φ reclamará estas mayores erogaciones ante la administración α , ya que es el organismo que aprobó el proyecto y licitó con el mismo como base.

La administración α , en base al primer párrafo del art. 4° de la LOP es responsable frente al contratista y deberá soportar tales mayores erogaciones.

Sin embargo, la administración α puede –y debería– repetir contra la consultora β los daños y perjuicios originados por los errores del proyecto imputables a esta última.

Como puede advertirse, en este esquema, el contrato entre la administración y la empresa privada que realizó el proyecto, no es oponible al constructor de la obra pública.

Adjudicada la Licitación y suscripto el contrato, comienza la segunda tarea, es decir, la que está a cargo de la empresa contratista. Las acciones que integran esta segunda tarea en lo referente al proyecto son: interpretación del proyecto, replanteo, ingeniería de detalle o proyecto ejecutivo y ejecución.

De esta forma, la tarea de ejecución de la obra comienza con el replanteo y la interpretación del proyecto y continúa con el denominado proyecto ejecutivo o ingeniería de detalle, que en la jerga consiste en *verificar* el proyecto en la obra física concreta que hay que realizar, luego de haber examinado la obra –sea en el período de replanteo o en cualquier otro momento, cuando haya sido posible percibir el error– y *ajustar* el mismo, en caso de ser necesario.

Conforme al art. 26 de la Ley 13.064, al contratista se le exige la correcta interpretación del proyecto y luego, también su correcta ejecución. La interpretación razonable y armónica es la siguiente: cuando los estudios y el proyecto estén a cargo de la administración (sea por sí o por terceros al contrato de obra pública, por ejemplo, un contrato de consultoría), por el art. 4º de la LOP la responsable es la administración.

Sin embargo, el contratista es responsable de la correcta interpretación de esta documentación (art. 26 LOP). Se le deberá exigir la pericia de un conocedor del tema y cualquier deficiencia o error que encontrara en el proyecto o en los planos o estudios, deberá comunicarlo a la administración antes de iniciar los trabajos, hasta el momento del replanteo. Ahora, si tales errores o deficiencias estuvieren ocultos o su verificación sólo fuese posible con la ejecución de los trabajos, la comitente debe conservar la responsabilidad por los mismos, ya que sólo ilegítimamente puede en este caso trasladar su responsabilidad al contratista.

No debemos olvidar que el error en el proyecto está a cargo de la administración y no del empresario. El sentido de la norma es evitar la corruptela de empezar a construir a sabiendas de la imposibilidad fáctica de la consecución de la obra, pero no imponerle al contratista lo imposible. O sea, el momento para interpretar y verificar en la realidad *-in situ-* el proyecto, es durante el replanteo. Pero, si tales errores o deficiencias estuvieren ocultos o su verificación sólo fuese posible con la ejecución de los trabajos, la comitente debe conservar la responsabilidad por los mismos, pues no se le puede exigir al contratista lo imposible. En este caso, si las normas específicas y los pliegos nada dicen, se podría aplicar el plazo de sesenta días establecidos para denunciar vicios ocultos establecidos en el art. 1647 bis del Código Civil.

Como precisamente se ha explicado “...la importancia del proyecto sobre la futura ejecución de la obra resulta determinante. De su corrección o incorrección dependerán la necesidad de efectuar modificaciones a la obra contratada y en ejecución [...] Todas estas circunstancias suponen la producción de daños patrimoniales para ambas partes, por lo cual resulta justificado que la ley defina sobre quién recae la obligación de responder por tales daños, que no puede ser otro que el autor del proyecto incompleto o incorrecto. Corresponde aclarar que, a los efectos contractuales, **por autor del proyecto debe entenderse a la Administración comitente, sin importar, en lo que hace a la relación comitente-constructor, quién fue el funcionario que efectivamente redactó tal documento técnico, o la dependencia administrativa**, si se tratase de otro ente de la Administración descentralizada, o bien si el proyecto fue confeccionado por terceros administrados como consecuencia, por ejemplo, de un contrato de consultoría.”³⁵

En esta misma inteligencia, DIEZ ha señalado que “[e]s lógico establecer que la administración pública que preparó el proyecto de obra tiene la obligación de efectuar las investigaciones y estudios necesarios para adecuarlo a las circunstancias de su ejecución. El error o la culpa en que incurre la administración al preparar el proyecto, le es directamente imputable. Cuando el cocontratante hace la oferta establece un precio que se calcula sobre la base

35. BARRA, *op. cit.*, t. 2, p. 727. El resaltado es mío.

de la seriedad del proyecto de la administración pública y sobre un sencillo y razonable examen del terreno.”³⁶

Por su parte, Mó señala que “[s]e trata de una responsabilidad puesta a cargo de la Administración respecto de la ineficiencia, insuficiencia, etc., del proyecto o de los estudios realizados por sus distintos organismos, y que sirven de base para la licitación y ejecución de la obra. En efecto, **la mayor o menor bondad o satisfacción a conseguirse como consecuencia de los estudios y proyectos, son circunstancias que originariamente no incumben al contratista.**”³⁷

En los debates parlamentarios que precedieron a la sanción de la Ley 13.064, también se trató este punto. Los legisladores señalaron que “[e]l primer párrafo de este artículo reproduce con ligeras variantes las disposiciones del art. 4 de la ley 775, a las que se agrega la responsabilidad por los estudios y proyectos a cargo del organismo que los ha realizado...”³⁸

A tal punto la responsabilidad del proyecto recae sobre la administración que se han declarado nulas las cláusulas que ponen a cargo del contratista el riesgo por vicios en el mismo.³⁹ En este sentido, la PTN ha declarado que “...**en ningún caso puede el organismo licitante omitir la confección definitiva y precisa del proyecto en cuestión y pretender cargar al contratista con los defectos que la ejecución correcta de su propio proyecto imperfecto pueda ocasionar.** Así como la Administración no puede declinar su responsabilidad por los errores que el proyecto contenga, aunque incluya cláusulas a ese efecto [...] así tampoco puede declinar responsabilidades por omisiones sustanciales, por falta de estudios de base, etc. que lleven a imperfecciones del proyecto”⁴⁰

36. DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, Plus Ultra, 1979, p. 245. La bastardilla es mía.

37. Mó, *op. cit.*, p. 75. El resaltado es mío.

38. Citado por Mó, *op. cit.*, p. 79.

39. PTN, *Dictámenes*, 81:244, en el cual se sostuvo que la cláusula contractual por la que la administración deslindaba responsabilidad por errores en los planos y documentos de la licitación es nula dada su violación a los arts. 4 y 37 segunda parte de la Ley 13.064, “por ser estas disposiciones de orden público, a las cuales deben ceñirse tanto el administrado como la administración e inderogable por convenciones o contratos administrativos (artículos 21 y 953 C.C.)”. Ver GORDILLO, AGUSTÍN, “Mayores Costos, Imprevisión, Indexación”, en A.A.D.A., *Contratos Administrativos, régimen de pago y actualización*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 103. A su vez es lo que sostiene la jurisprudencia desde el caso *Lucio Cherny (JA 1955-III-240)* hasta la reciente CNacFedContAdm, Sala V, 26/05/1998, *José Cartellone Construcciones Civiles S.A. v. Dirección Nacional de Vialidad*, Causa n° 16108/96.

40. PTN, *Dictámenes*, 98:53. Ver también PTN, *Dictámenes*, 82:268; 103:147; entre otros. El resaltado es mío.

La jurisprudencia se ha expedido al respecto, mencionando claramente que “[e]s por ello, en razón de la afectación del interés público y por las consecuencias patrimoniales que puede producir un proyecto incompleto o incorrecto, que en materia de obras públicas -en que, a diferencia de lo que ocurre en el marco de la locación de obra regulada por el derecho común, el dueño de la obra es un comitente “calificado” que cuenta con medios suficientemente idóneos para elaborar un proyecto apropiado para la ejecución de los trabajos- se justifica plenamente que el art. 4 ley 13064 establezca -como principio- que “la responsabilidad del proyecto y de los estudios que le han servido de base, caen sobre el organismo que los realizó”⁴¹

La responsabilidad en cabeza del contratista, según la distribución clásica, conforme el art. 26 de la LOP, se refiere a la correcta interpretación del proyecto y a notificar cualquier error que pudiera ser posiblemente advertido. La extensión de esta obligación queda claramente explicada en el fallo citado, en cuanto sostiene lo siguiente: “[m]as, aun cuando aceptare la existencia de tal deber de denunciar un vicio del proyecto durante el trámite de selección del contratista, no debe olvidarse que el alcance de esa obligación de verificación del proyecto -salvo concreta disposición contractual que lo imponga con una mayor extensión- encuentra límites en la propia naturaleza de las obligaciones contractuales del constructor, quien no fue contratado para realizar un estudio sobre el proyecto -en muchos casos, tan costoso y complejo como su misma elaboración-, sino para ejecutar la obra conforme a la documentación técnica suministrada por la Administración comitente -la que cabe suponer correcta-, por lo que esa obligación sólo puede alcanzar a lo que es susceptible de ser advertido inmediatamente -sin estudio o tarea de comprobación específica, destinada a controlar la corrección de ese proyecto, para lo cual no fue contratado-, conforme lo que razonablemente corresponde exigir a quien se presume como un conocedor del tema -y no un experto, pues el constructor no necesariamente es una empresa de ingeniería- (conf. Rubino, Doménico, “L'appalto”, 1980, UTET., Turín, ps. 354 y 355; Mo, “Régimen legal de la obra pública”, LL 97-343-212).⁴²

41. CNacFedContAdm, Sala V, *José Cartellone Construcciones Civiles S.A. v. Dirección Nacional de Vialidad*, (26/05/1998), Causa n° 16108/96, www.lexisnexis.com.ar, N° 60000462.

42. CNacFedContAdm, Sala V, *José Cartellone Construcciones Civiles S.A. v. Dirección Nacional de Vialidad*, (26/05/1998), Causa n° 16108/96, www.lexisnexis.com.ar, N° 60000462. El resaltado me pertenece. Ver también MABROMATA, ENRIQUE G., “La juridicidad del contrato de obra pública. Un criterio olvidado”, en *RAP*, Año XXX – 353, p. 11 y BONINA, NICOLÁS, “La administración del contrato de obra pública”, conferencia dada el día 13.11.07 en la Primera Jornada de Actualización para profesionales de la construcción, organizada conjuntamente por El Constructor y la Asociación Argentina de Abogados de la Construcción y

VI.2. Cuándo deben denunciarse los errores del Proyecto

- Ante un vicio o error de proyección verificable en la etapa licitatoria:

Con los alcances y límites señalados por la Justicia en el fallo *José Cartellone Construcciones Civiles S.A.* citado precedentemente, el contratista que advierte un vicio en la etapa de selección debería denunciarlo o por lo menos plantearlo mediante un Pedido de Aclaración ante el comitente. Porque, si no lo hiciera, una vez firmado el contrato la administración podría no reconocérselo. Más que de una obligación legal, se trata de una práctica preventiva.

- Ante un vicio o error de proyección verificable *in situ*: El contratista debería denunciarlo en el momento del replanteo de la obra. Aquí es donde adquiere toda su plenitud el juego de los arts. 4 y 26 de la Ley 13.064. Si el contratista denuncia el vicio o error, la responsabilidad quedará en cabeza del comitente. Pero, si no lo hace, esta responsabilidad se trasladará al contratista. Obviamente, siempre que se trate de un vicio aparente y que no exceda la diligencia que debe esperarse de un constructor.
- Ante un vicio o error de proyección verificable no verificable, por tratarse de un vicio oculto: En este caso, el contratista deberá denunciarlo al momento de su descubrimiento. Considero que en este supuesto, aunque se haya superado el período del replanteo, si se notifica una vez conocido el vicio del proyecto, la responsabilidad deberá seguir en cabeza de la administración.⁴³

ampliada, posteriormente en LA LEY, 2008-D, 1105, bajo el mismo título.

43. Téngase en cuenta que al referirme a la responsabilidad, en la práctica implica muchas veces la modificación o adecuación del proyecto, la aprobación de una nueva ingeniería de detalle o proyecto ejecutivo y, obviamente, las ampliaciones, adicionales o reducciones de obra que ello conlleve, con el incremento o no de precios que correspondería. Un error en el proyecto, puede implicar un incremento sustancial de las prestaciones o tareas que el contratista tenga que ejecutar para alcanzar el fin objeto de la contratación. En un contrato bajo la modalidad de unidad de medida, ello puede no significar gran diferencia. Pero, en un contrato ejecutado por ajuste alzado, ello constituye un tema crucial, pues determinar quién debe hacerse cargo de ese error, implica determinar si la administración pagará esos adicionales o si deberá soportarlos el contratista. Además, un cambio de proyecto implica la suspensión o reducción del ritmo de la obra, lo que puede originar gastos improductivos, retrasos, etc. Determinar la responsabilidad sobre ese error del proyecto implica determinar quién soportará estos extremos, como, por ejemplo, si será la administración la que deberá otorgar prórroga de plazo o si, por el contrario, el contratista dispondrá de menos tiempo para ejecutar, etc.

VI. 3. Distribución de riesgos en el esquema actual

Actualmente, la distribución de responsabilidad por el proyecto ya no resulta tan sencilla.

A más de los casos en los que se utiliza el argumento de la urgencia, detengámonos en el fenómeno de las contrataciones llave en mano, que cada vez abundan más en el ámbito de la obra pública.

Las obras se licitan bajo la modalidad “llave en mano”. Esta modalidad, como se dijo anteriormente, implica que tanto la concepción de la obra y la interpretación, replanteo y ejecución de la misma quedan en cabeza del contratista y, por lo tanto, se impone a su cargo una responsabilidad global.

Ahora, vimos que el Decreto 893/2012 menciona a la contratación llave en mano como una modalidad permitida. El problema, claro está, es que el mismo no se aplica a las obras públicas. El art. 3º e expresamente excluye de su ámbito de aplicación a los contratos de obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias, enumerados en el artículo 4º inciso b) del Decreto Delegado N° 1.023//01 y sus modificaciones.

Esto nos deja frente a un problema. Porque de acuerdo a la Ley 13.064, art. 4º, los contratos llave en mano son la excepción. No por ser llave en mano, sino por ser contrataciones en las que se llama a licitación sobre la base de un mero anteproyecto ó, a veces, ni eso.

Algunos podrán sugerir que el Decreto 893/2012 regula todo lo relativo a contratos llave en mano y que la Ley 13.064 a obras públicas. Pero sabemos que eso no es así, pues las contrataciones llave en mano, por lo general se rigen por la Ley de Obras Públicas, pues en substancia, son justamente contratos de obras públicas, con características especiales.

La solución más fácil, es recurrir a los principios de distribución de riesgos de la Ley 13.064 y de las normas profesionales. Si la concepción de la obra está a cargo del contratista, entonces éste será responsable del proyecto, pues

está a su cargo dicha obligación e ingresa en su esfera de acción y riesgo. Sin embargo, esto no soluciona la colisión de la práctica cotidiana con el principio general sentado por el art. 4 de la Ley de Obras Públicas, lo que sólo se solucionaría introduciendo las contrataciones “llave en mano” al universo de la Ley 13.064.⁴⁴

VII. LA LICITACIÓN SIN PROYECTO DEFINITIVO Y POR AJUSTE ALZADO

Existen muchas situaciones en las cuales la administración intenta o pretende deslindar su responsabilidad.

Una de ellas, que resulta indirecta y consiste en licitar una obra que no es llave en mano, sin un proyecto definitivo (aunque aparentemente se presente como tal) y contratarla bajo la modalidad de ajuste alzado. La administración llama a licitación una obra, con un anteproyecto y sin un presupuesto real. El contratista licita y cotiza. Como en el ajuste alzado el precio es global, único e inmutable, si luego resulta que hay ejecutar más tareas o volúmenes que los contemplados originalmente, no se podrán trasladar al precio esas tareas adicionales. Se traslada así el riesgo del comitente al contratista.

Al respecto, parte de la doctrina ha afirmado que la ausencia de un proyecto completo y definitivo impide la contratación de la obra por el sistema de ajuste alzado.⁴⁵ Por su parte, PODETTI ha señalado que la contratación por ajuste alzado es procedente cuando la obra está determinada pero si la obra sólo es determinable, la contratación debe ser contratada por unidad de medida o coste y costas.⁴⁶ En esta inteligencia, se ha considerado que una obra, sin un proyecto definitivo, y contratada mediante ajuste alzado, constituye *un supuesto de negocio jurídico lesivo o inmoral*.⁴⁷

44. Tal como he señalado antes de ahora, el régimen federal de obras públicas tiene una especialización, identidad y unidad únicas. Por tal motivo, estoy en desacuerdo en que se modifique el régimen de la LOP mediante normas generales de contrataciones, ya que cualquier modificación a la LOP debería tener en cuenta su unidad, su especialidad y su identidad, para preservar su totalidad armónica. Cualquier modificación al régimen de la LOP debería realizarse sobre la Ley 13.064; ampliar en BONINA, NICOLÁS, *Comentario al art. 33 Decreto 1023/2001*, en AA.VV. (Rejtman Farah, Mario – Director), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 351/352 y ccs.

45. CUNEO, ADOLFO, *Appalti pubblici e privati*, 7ª edición, Pádova 1972, p. 49, § 29, § 32 y 33, con citas de BELLESI, *Governo, appalti, appaltatori*, pp. 275 y 233.

46. PODETTI, HUMBERTO, *Contrato de Construcción*, Buenos Aires, 2004, p. 200, § 72 y § 73.

47. SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil-Contratos*, Vol. V, 2ª reimp. Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 358, núm. 1207.

VIII. APÉNDICE TÉCNICO - EL PROYECTO: QUÉ DOCUMENTOS LO INTEGRAN

Definido lo que se entiende por proyecto, detallamos las fases de su elaboración y qué incluye cada una de ellas.

La primera fase es la de los croquis preliminares, que son “indistintamente los esquemas, diagramas, croquis de plantas, de elevaciones, o de volúmenes, o cualquier otro elemento gráfico que el profesional confecciona como preliminar interpretación del programa convenido con el comitente.”⁴⁸

Se entiende por guion la relación escrita acompañada de esquemas, que expresa el concepto de la exposición, su lema fundamental y sus finalidades, e indica la forma de expresión y la correlación de los tópicos, sintetizando las leyendas correspondientes.

Se entiende por croquis a “...todo dibujo hecho de un modo rápido que sirva para anticipar una idea del proyecto, pero sobre el cual no sea posible medir a escala.”⁴⁹

A esta etapa preliminar sigue el anteproyecto, entendido como “el conjunto de plantas, cortes y elevaciones, estudiados conforme a las disposiciones vigentes establecidas por las autoridades encargadas de su aprobación o, en su caso, el conjunto de dibujos y demás elementos gráficos necesarios para dar una idea general de la obra en estudio. El anteproyecto debe acompañarse de una memoria descriptiva escrita o gráfica, y de un presupuesto global estimativo. Cuando se trate de exposiciones, se presentará además un cálculo de explotación.”⁵⁰

Finalmente llegamos al proyecto, entendido como “el conjunto de elementos gráficos y escritos que definen con precisión el carácter y finalidad de la obra y permiten ejecutarla bajo la dirección de un profesional.”⁵¹

48. Art. 44 del Decreto-Ley 7887/1955. Ver también, CASELLA, JOSÉ V. / FARO, MIGUEL H., *Ingeniería y Derecho*, v. II, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 244.

49. FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, p. 149.

50. Art. 45 del Decreto-Ley 7887/1955. FERNÁNDEZ COSTALES, por su parte, define al anteproyecto como “...un dibujo hecho a escala pequeña con suficiente detalle para definir concretamente la obra a que se refiera y para hacer un avance del presupuesto, pero insuficiente para llevar a cabo la obra.” (FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, pp. 149-150).

51. Art. 46 del Decreto-Ley 7887/1955.

Según el art. 46 del Decreto-Ley 7887/55, el proyecto comprende:

- 1) Planos generales, a escala conveniente, de plantas, elevaciones principales y cortes, acotados y señalados con los símbolos convencionales, de modo que puedan ser tomados como básicos para la ejecución de los planos de estructura y de instalaciones.
- 2) Planos de construcción y de detalles.
- 3) Planos de instalaciones y de estructuras con sus especificaciones y planillas correspondientes.
- 4) Presupuesto, pliego de condiciones, llamado a licitación y estudio de propuestas.

Es decir que el proyecto comprenderá:

- Los planos de obra, que “constituyen la representación gráfica de la obra.”⁵² Deben representar el *opus* “...de forma conjunta y detallada y serán los suficientes para que éste quede perfectamente definido para su realización.”⁵³
- La memoria, que “es la explicación detallada del proyecto y más concretamente de los planos, constituyendo un complemento indispensable de los mismos.– En ella se justificarán las soluciones adoptadas en sus aspectos técnico y económico.”⁵⁴
- En definitiva, la memoria comprende la descripción de los gráficos, la evaluación técnica detallada de los volúmenes y superficies y el presupuesto

52. FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, p. 150. Para DURRIEU, “los planos o dibujos, comprenden en la técnica profesional todos los estudios gráficos lavados o no, por medio de los cuales describe y representa un ingeniero o un arquitecto sobre el papel o sobre cualquiera otra superficie lisa adecuada, los datos principales o complementarios, totales y parciales de ubicación, situación, forma, aspecto, disposición, constitución y tamaño o dimensiones de las obras, estructuras, maquinarias, y las fases de la progresión en la ejecución de las mismas”, dividiéndose en planos de conjunto y planos de detalles; DURRIEU, MAURICIO, *Técnica de la ingeniería y de la arquitectura e ingeniería y arquitectura legal*, Buenos Aires, p. 233, citado por SPOTA, ALBERTO G., *Tratado de Locación de Obra*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 577.

53. FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, p. 150.

54. FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, p. 150.

económico de la obra.^{55 56} No hay que confundir esta explicación técnica con los pliegos técnicos, que describen “...las características de los materiales que hayan de emplearse y los ensayos a que deben someterse, los espesores y disposiciones de las obras, la forma de ejecutar éstas y los requisitos que han de reunir, y los medios auxiliares de la construcción.– Asimismo, detallará la forma de medir y valorar las distintas unidades de obra...”⁵⁷

55. FERNÁNDEZ COSTALES divide acertadamente –siguiendo a DELVAUX– entre memoria descriptiva, memoria cuantitativa y memoria estimativa. La primera “es el comentario de los planos.– Indica la naturaleza y calidad de los materiales, las indicaciones relativas a la ejecución de la obra, composición de morteros..., etcétera”, la memoria cuantitativa “es la evaluación detallada de los volúmenes y superficie de la obra que se ha de ejecutar, la cual facilitará al constructor el cálculo del precio.” “Finalmente, la Memoria estimativa, constituye la aplicación de precio por unidad, a las cantidades indicadas en la Memoria cuantitativa.– En realidad, esta Memoria estimativa es un presupuesto de la obra proyectada.” (FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, pp. 150-151).

56. El presupuesto “es el estudio económico de la obra a ejecutar o cálculo anticipado de su costo en el que se expresarán los estados de cubicaciones o mediciones, los precios unitarios y descompuestos, los presupuestos parciales de cada elemento de obra y el presupuesto general de la totalidad de las hojas o trabajos objeto del proyecto.” (FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, p. 152).

57. FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, p. 151.