

SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA



Por el Dr. Nicolás Bonina

El siguiente artículo fue publicado en Revista La Ley, 2008-D, 1105.

SUMARIO

I. Introducción	01
II. Consideración Previa: El riesgo en el contrato de Obra Pública	01
III. La administración del contrato de Obra Pública	18
IV. Casuística	20
V. Palabras Finales	28

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como base la exposición presentada 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. Su finalidad es pragmática, por ello nos centraremos en dos núcleos temáticos que serán abordados en forma casuística, estudiando así algunos de los problemas más frecuentes sobre el punto en la práctica cotidiana.

II. CONSIDERACIÓN PREVIA: EL RIESGO EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA¹

El contrato de obra pública tiene por objeto la entrega por parte del contratista de un *opus* a la administración y el pago por parte de esta última de un precio al primero.²

1. Ampliar en BARRA, RODOLFO CARLOS, *Contrato de obra pública*, t. 3, Buenos Aires, Ábaco, 1988, Caps. XX y XXI. Para un análisis de los riesgos en el contrato de construcción privado, ver PODETTI, HUMBERTO, *Contrato de construcción*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 278 y ss., y LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los contratos*, t. II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 707 y ss.

2. Se trata en definitiva, de una locación de obra, ver GORDILLO, AGUSTÍN, "Obra pública y contrato de obra pública", en AAVV, *Contratos administrativos*, t. I, reimpresión, Buenos Aires, Asrea, 1982, pp. 45-72, especialmente pp. 57-58 y citas allí consignadas.

Cuando el contratista cotiza el precio, proyecta una ganancia, que obviamente debe ser legítima y razonable. Ahora bien, “[e]sta ganancia sólo se asegura si se mantiene durante toda la ejecución de la obra una real equivalencia de las prestaciones. Si se modifica esta equivalencia, la ganancia aumenta o disminuye. Por eso, cuando nos referimos a la intangibilidad del precio –término equívoco– en realidad estamos refiriéndonos a la estabilidad e intangibilidad de esta equivalencia, que es la que le permite al contratista obtener la ganancia esperada y a la administración obtener la obra en el tiempo y por el precio cotizado oportunamente.”³

Es decir, “[n]o se trata de una intangibilidad nominal, sino cualitativa: se preserva una relación, o mejor dicho, una equivalencia de factores sobre la cual se decidió un precio final por el cual ofertar. Esta equivalencia de las prestaciones –y no una intangibilidad nominal– es la que permite la ganancia legítima y razonable que debe esperar el contratista.”⁴

De allí que el principio cardinal en el contrato de obra pública sea la inmutabilidad de la equivalencia real de factores, el cual actúa para ambas partes, tanto respecto del *opus* a entregar por el contratista como respecto de la retribución a abonar por la comitente.

Desde esta perspectiva, *riesgo* es todo supuesto o posible contingencia que amenace con modificar esta equivalencia real de las prestaciones, esta equivalencia de factores, impidiendo que el contratista logre la ganancia proyectada inicialmente al cotizar o que la comitente obtenga el *opus* en las condiciones solicitadas.

En el marco del contrato de construcción privado, se ha señalado como concepto de riesgo a “...toda posibilidad de que se produzca una alteración perjudicial importante para alguna de las partes de un contrato, en relación con el equilibrio que ambas previeron entre sus obligaciones recíprocas al celebrarlo, originada en un hecho que era para ambas futuro e incierto a ese momento.”⁵

3. BONINA, NICOLÁS, “Los gastos improductivos en la obra pública”, *RAP*, año XXX, nro. 354, pp. 31-51.

4. BONINA, NICOLÁS, “Los gastos improductivos en la obra pública”, *RAP*, año XXX, nro. 354, pp. 31-51.

5. PODETTI, HUMBERTO, *Contrato de construcción*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 287.

En fin, *cualquier posibilidad de quebrantar el equilibrio real de las prestaciones constituye un riesgo*. Sin embargo, podemos clasificarlo según el origen de los distintos supuestos que lo constituyen. De esta forma, si las posibles contingencias se originan en la conducta del propio contratista, estaremos en el ámbito del riesgo empresario. Si en cambio estamos frente a supuestos originados en la conducta de la administración, nos encontraremos en el ámbito del riesgo del comitente. Por último, si los supuestos se originan en factores externos a las partes, nos encontraremos dentro del denominado riesgo de ejecución o riesgo externo u objetivo.

La distribución básica de los riesgos en materia de obra pública se encuentra en la Ley 13.064⁶ y, en lo relativo a las variaciones de precios, en el Decreto 1295/2002, aunque, claro está, el texto normativo no agota el tema, ya que podemos encontrar nuevos supuestos o casos controvertidos que han sido resueltos por la PTN o la jurisprudencia.⁷

Lo importante –más allá de una clasificación enunciativa– es el principio por el cual deben distribuirse tales riesgos. Ello lo explica detalladamente BARRA, al señalar que “Superada ya la concepción distorsionante (para el sistema del contrato administrativo) del «riesgo y ventura» y de la «aleatoriedad» de tales contratos, el régimen de la distribución de riesgos entre las partes aparece así con perfiles más nítidos.” “Desde esta perspectiva, se entiende por riesgo de ejecución a todos aquellos supuestos que, originados en causas externas a las partes contratantes, son susceptibles de producir alteraciones en el ritmo de ejecución de los trabajos y/o en su plazo de terminación y entrega [...] o bien (conjunta o independientemente) generan una variación en los costos de ejecución de los trabajos.” “Debe tratarse de acontecimientos externos a las partes, estrictamente hablando, es decir acontecimientos originados fuera de sus ámbitos respectivos de decisión, control o disposición. De lo contrario, nos encontraremos no frente a casos de riesgo de ejecución, sino frente al riesgo empresario, si el hecho se origina en la actividad misma del empresario constructor, o frente al riesgo del

6. Esta distribución básica surge del juego de los siguientes artículo de la LOP: 4, 26, 27, 34, 35, 36, 37, 39 y también de los arts. 1646 y 1647 bis del Código Civil.

7. Ver CSJN, Fallos, 319:1681, “*J.J. Chediak SA v. Fuerza Aérea Argentina s/ Nulidad de Resolución*”, (27.08.1996); PTN, *Dictámenes*, 130:27 y MABROMATA, ENRIQUE G., “La juricidad del contrato de obra pública. Un criterio olvidado”, en *RAP*, año XXX, nro. 353, p. 11 y ss.

comitente, cuando tales hechos encuentran su causa u origen en la actividad o ámbito decisional del comitente público.”⁸

Aquí vale una aclaración. Cuando el hecho potencial encuadrado dentro de tal tipo de riesgo sucede en la realidad, se opera una atribución de responsabilidad. Es decir, el ordenamiento jurídico obliga a alguna de las partes a que se haga responsable por tales hechos que, al momento en que las partes contrataron, eran potenciales. El principio de esta atribución en la obra pública se resume en que cada parte responde, en principio, por los riesgos originados en su propio actuar y, además, la administración responde por el riesgo objetivo o de ejecución.

Consideramos que el fundamento de esta distribución de riesgos es simple y claro, aunque siempre se encuentra quien duda del por qué la administración debe hacerse cargo del riesgo objetivo.

Para comprender este principio de atribución de riesgos en la obra pública, hay que partir de que el interesado en satisfacer el bien común es la administración, no el contratista. De allí que, para conseguir precios más bajos y lograr las obras que necesita, se haga cargo del riesgo objetivo, como por ejemplo, las variaciones de precios, los daños originados en caso fortuito o fuerza mayor, las causales del art. 39 LOP, las causas justificadas del art. 35 LOP, entre otras. La comitente no cubre el riesgo empresario, simplemente asume ciertos riesgos extraños a las partes a efectos de poder llevar adelante el desarrollo de infraestructura de la manera más sencilla y barata. En estos tiempos, al Estado le resultaría prácticamente imposible afrontar por sí mismo el desarrollo de la infraestructura necesaria, ya que no cuenta con el personal, ni con los materiales, maquinaria ni conocimientos adecuados, para cubrir las necesidades correspondientes,⁹ además claro está, de resultarle por ello mismo más caro. De esta forma, contrata a empresas privadas, pero como la cuantía de las obras públicas son básicamente imposibles de afrontar para estas últimas, se disminuye el riesgo, se abona por

8. BARRA, *op. cit.*, t. 3, p. 1171.

9. Con esta afirmación no pretendemos que en la administración no existan profesionales capacitados, por el contrario, los hay y en muchos casos son sobresalientes. Lo que decimos es que la necesidad estatal del desarrollo de infraestructura y obras públicas no se condice con la cantidad y distribución necesarias de profesionales capacitados para ello, que para peor, debido a las exigencias de los entes públicos, tampoco pueden dedicarse de lleno a un solo proyecto.

partes, se otorgan adelantos financieros y de esta manera las cotizaciones son más económicas. De allí que debe entenderse que esta asunción de ciertos riesgos no es a favor del contratista, sino a favor del bien común. Conseguir mejores contratos a menores precios es un logro para la ciudadanía toda, que finalmente debe pagar menos por mejores obras.¹⁰

2.1 Riesgo empresario

El contratista asume los riesgos originados en su propia conducta, en la de sus dependientes, en la conducta de terceros cuando producen algún daño a la obra por un deficiente cumplimiento de la obligación de vigilancia y seguridad que asume por estar la obra bajo su posesión, el riesgo técnico, entre otros. Como se ha dicho, “El empresario enfrenta riesgos de perjuicio económico que se generan en la propia estructura de su empresa (ineficiencia, excesivos costos, gastos generales desproporcionados); en su capacidad técnica (supongamos el riesgo de la ruina de la obra); en su responsabilidad hacia terceros; cuestiones relativas al manejo de personal, relaciones con el personal, sindicato, etcétera. Se dan así un sinnúmero de factores heterogéneos que hacen al *verdadero riesgo empresario*, es decir, aquel que depende de hechos que el empresario puede manejar, valorar, minimizar, etc...”¹¹

2.1.i En esta categoría debemos iniciar primeramente por los riesgos derivados del incumplimiento contractual del empresario. Como señala PODETTI respecto del constructor, “...la indebida ejecución de sus obligaciones le exigirá afrontar costos extraordinarios, casi siempre imprevistos. Entre ellos, costos de mayor permanencia en obra, de demolición y nueva ejecución de partes mal construidas, de penalidades y pérdida de premios, de eventual ejecución de garantías, de pago

10. BARRA lo explica con claridad: “Este régimen jurídico peculiar (desde la óptica del derecho privado) que se ha esbozado en las páginas anteriores, no significa una ausencia de contraprestación en perjuicio de la Administración contratante. La asunción del riesgo supone para la Administración una certeza de cotizaciones más baratas (por lo menos se encuentra en condiciones de exigir las, siempre de acuerdo con las naturales imposiciones del mercado) y por lo tanto le genera una expectativa de beneficio económico, ya que se ha beneficiado por un precio menor como contrapartida de asumir un riesgo que, en la práctica, quizá no ocurra. Nótese que la no ocurrencia del riesgo es relativamente habitual con respecto a los supuestos de caso fortuito o dificultades materiales imprevistas, y si ello no es así con relación al régimen de variación de costos, es como consecuencia del crónico proceso inflacionario que padecemos. Pero aun así el sistema descrito le permite a la Administración, como ya fue dicho, seleccionar a su contratista sin la incidencia distorsionante de la inclusión en las cotizaciones de expectativas inflacionarias, seguras en su ocurrencia pero imprecisables en su valoración económica.”(BARRA, *op. cit.*, pp. 1164-1165).

11. BARRA, *op. cit.*, pp. 1165-1166.

de obras o reparaciones realizadas por terceros por encargo del comitente o de rescisión del contrato por su culpa. Aun después de recibida la obra, deberá reparar las diferencias con el proyecto original o los vicios ocultos que se manifiesten durante el período de garantía. También puede ocurrir la situación más grave: que la obra se arruine o amenace arruinarse. Otro perjuicio importante, de efecto mediato, es la pérdida de prestigio en el mercado y, por tanto, de oportunidades.¹²

En esta categoría incluimos la incorrecta planificación del progreso de la obra, el retraso por causas imputables al contratista o a alguno de sus dependientes, riesgos técnicos originados en errores en la utilización de maquinarias, materiales, etc. La empresa constructora no es unipersonal y por lo tanto los errores del personal de la empresa constructora pueden quebrar la equivalencia de las prestaciones generándole un perjuicio al empresario, quien deberá soportarlo sin más. De allí que la prevención de este tipo de riesgos sea una de las más complejas y se reduce prácticamente a una adecuada y correcta planificación de las tareas de ejecución del contrato, contratar un representante técnico y un sobrestante que sean idóneos y que logren una armoniosa coordinación entre el plan de trabajos, la realización de las tareas, el personal, las cuadrillas de obreros, los subcontratistas, la entrega de materiales, maquinarias, etc.¹³

2.1.ii En segundo lugar, podemos incluir a los riesgos originados en la conducta del contratista en cuanto causen daños a terceros. Nos referimos a los daños causados a terceros directamente por el contratista, por sus dependientes o por subcontratistas. Sin embargo, en este último supuesto vale efectuar una aclaración. La mayoría de los pliegos de condiciones establecen que el contratista será responsable por daños a terceros ocasionados por sí mismo como por subcontratistas. Claramente, cuando el daño sea causado por estos últimos, el empresario podrá repetir lo que haya abonado por el hecho dañoso. Este tipo de riesgos se previenen mediante un seguro de responsabilidad civil.

2.1.iii. También debemos incluir aquí aquellos riesgos derivados de las relaciones laborales, originados en el actuar del propio empresario. Asimismo, el contratista

12. PODETTI, *op. cit.*, pp. 292-293.

13. Ampliar en PODETTI, *op. cit.*, p. 293.

responde por los daños o turbaciones causadas por terceros a la obra, siempre y cuando las mismas tengan por origen un deficiente cumplimiento de la obligación empresaria de vigilancia y seguridad. El límite de esta obligación es la razonabilidad. No se le puede exigir al contratista que para custodiar cierta obra contrate a un grupo armado privado, porque para ello existen la policía o la gendarmería. En ciertos casos de intrusión violenta, la comitente debe hacerse cargo de la seguridad, colocando los operativos policiales que fueran necesarios. En un interesante dictamen, la PTN resolvió que los daños y perjuicios ocasionados por reiteradas voladuras con explosivos por parte de grupos guerrilleros del puesto policial en la cabecera de la obra “Nuevo Puente Pueyrredón”, cuya construcción estaba a cargo de EACA SA, debían ser soportados por la comitente y no por la empresa contratista.¹⁴ Queda en claro entonces que exigir un cerco o vallado, iluminación, señalización y hasta una casilla de vigilancia privada, todo ello resulta razonable, pero exigir al contratista que contrarreste actos de vandalismo, intrusiones masivas o violentas, etc., resulta desproporcionado y por lo tanto, dicho riesgo debe ser soportado por la administración, quien, además, por ser parte del Estado, puede hacer uso de la fuerza pública.

2.1.iv Existe un caso particular en el cual el riesgo se origina en la conducta de la administración, pero puede llegar a ser soportado por el contratista. Nos referimos a las modificaciones de proyecto o de ítems que alteran la equivalencia de prestaciones en detrimento de la ganancia tenida en cuenta por el empresario y que aun así resultan obligatorias para éste por encontrarse las mismas por debajo de los porcentajes legales.

2.2. Riesgo del comitente

En esta categoría incluimos una larga lista, no taxativa, de distintas conductas de la administración pública que originan distintos tipos de riesgos que deberían ser soportados por la propia comitente. Por ejemplo, las suspensiones de obra y rescisiones de contrato por oportunidad, mérito y conveniencia; falta de pago de los certificados; demora en la certificación o en los pagos; falta de entrega de materiales, de la obra, etc.; errores en el proyecto, en el estudio de suelos, etc., cuando los mismos están a cargo de la administración, etc.

¹⁴. PTN, *Dictámenes*, 130:27.

Incluimos aquí también los distintos tipos de incumplimientos por parte de la administración que quiebran el equilibrio real de las prestaciones, sea económica o financieramente.

2.3. Riesgo del comitente soportado temporalmente por el contratista

2.3.i Un supuesto particular se presenta con las revocaciones de actos por ilegitimidad o en las rescisiones por culpa del contratista. Si la ilegitimidad o la culpa del contratista son ciertas, se encuentran acreditadas y se ha seguido el procedimiento correspondiente, entonces la responsabilidad recae en el empresario. En este caso el riesgo creado por estas acciones se ubica en el punto 2.1.i).

Pero ¿qué sucede cuándo dicha rescisión o revocación es impugnada por el contratista y finalmente la administración o la Justicia acaban por darle la razón a este último? Téngase en cuenta que un juicio puede demorar varios años (10, 15 o más). En este caso, si se determina judicialmente que la causal de ilegitimidad o la culpa del contratista eran inexistentes, insuficientes, inválidas, etc., la administración deberá soportar los daños. Pero, desde que se dejó sin efecto el contrato hasta que la administración se responsabilice –a partir de una sentencia judicial firme– quien tuvo que soportar dicho daño fue el empresario. Abundan casos como éste, con distintas variantes. Lo mismo sucede con las multas. Muchas veces se imponen multas ilegítimas, sin fundamento fáctico o normativo alguno. Sin embargo, iniciar un juicio para impugnar la imposición de una multa, en ciertos supuestos,¹⁵ resulta antieconómico para el empresario, ya que terminaría perdiendo dinero. En estos casos, la ilegitimidad en el actuar de la administración se convierte en un riesgo que termina soportando el empresario, quien debe evaluar entre litigar e invertir dinero para ello o hacerse cargo del daño originado por la conducta ilegítima del comitente y perder menos. Así, la administración traslada el riesgo y su responsabilidad al contratista.¹⁶

15. Que dependen del monto de la multa, el precio del contrato, si hubo o no ganancia para el contratista y el monto de ésta, así como la decisión de política empresaria.

16. De más está aclarar la invalidez de dicha conducta. Como señala GORDILLO, tanto doctrina como jurisprudencia tienen dicho que los contratos administrativos son esencialmente de buena fe, “lo que lleva a que la administración no debe actuar como si se tratara de un negocio lucrativo, ni tratar de obtener ganancias ilegítimas a costa del contratista, o aprovecharse de situaciones legales o fácticas que la favorezcan en perjuicio del contratista”, GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, 5ª ed., Buenos Aires, FDA, 2000, Cap. XI, p. 47.

De esta forma, la ilegitimidad y arbitrariedad en el actuar de la administración son fuentes de una innumerable cantidad de riesgos que muchas veces terminan recayendo en el contratista, quien además no los puede prever, de allí que esta sea la categoría de mayor complejidad, ya que las más de las veces los riesgos no son siquiera previsibles y por lo tanto no se pueden prevenir. A su vez, las acciones preventivas que puedan tomarse son complicadas y no dependen cien por ciento del contratista. Gran parte de la prevención contra los riesgos de esta categoría depende de un constante seguimiento jurídico del contrato desde el comienzo del mismo, tal como desarrollaremos *infra*. El abogado no sólo debe intervenir cuando se origina el conflicto, sino desde el comienzo mismo de la contratación, para evitar llegar al mismo.

Tampoco hay que olvidar que muchos de los riesgos de esta categoría se generan por decisiones políticas, caprichos de funcionarios, órdenes “de arriba”, falta de partidas presupuestarias, cambios de gobiernos, etc. Estas causas no son controlables o manejables por el empresario. Cuando acontecen, el riesgo se vuelve daño y en muchas ocasiones, nada queda por hacer, salvo demandar, lo que en sí mismo no es ni una solución ni una prevención. Tampoco es una vía mediante la cual el contratista vaya a sacar algún tipo de ventaja hoy día, porque si tiene razón, para cuando logre cobrar el dinero adeudado, probablemente ya esté jubilado o en quiebra. De esta manera, queda en claro que el pleito judicial no es una vía para devolver el equilibrio a la relación contractual. Piénsese en el tiempo que dura un juicio contra el Estado, en que además lo cobrado seguramente estará consolidado. Se advertirá así que el desequilibrio presente por la conducta arbitraria de la administración no se reestablece por ganar un juicio. El contratista en este caso deberá salir adelante por sus propios medios. Luego, en algún momento eventual y futuro, tal vez reciba una indemnización que será bienvenida, pero que no le habrá ayudado a capear el temporal –léase “desequilibrio”– presente.

2.3.ii Para peor, la *exceptio non adimpleti contractus* sólo es posible dentro de las causales previstas por el art. 53 de la LOP, el que, graciosamente, no incluye la demora o falta de certificación y/o pago. De esta manera, conforme el ordenamiento jurídico federal –y la mayoría de los ordenamientos provinciales– si la administración comitente incumple su principal obligación, la cual es abonar

los certificados en tiempo y forma, el contratista no puede hacer otra cosa más que quejarse, lo cual en la mayoría de los casos es un rigorismo inútil, ya que la administración guarda silencio o contesta señalando que tienen problemas financieros y que están solucionándolos, pero exigiendo al contratista a que continúe con la ejecución y el plan de trabajos, aunque no se le pague.¹⁷ En algunos casos, la administración y el contratista saben que no existen más partidas presupuestarias o financiamiento, pero sin embargo, la comitente exige el cumplimiento del plan de trabajos a sabiendas de que no podrá abonar el certificado siguiente. A su vez, la jurisprudencia exige que se verifique una *razonable imposibilidad de cumplir las obligaciones frente al incumplimiento de la comitente*.¹⁸ El problema aquí es que el contenido del término “razonable” es ambiguo, equívoco y queda al arbitrio de quien decide.¹⁹ Y la Justicia muchas veces exige que esa imposibilidad se traslade a todo el giro comercial del empresario, cuando en realidad, el contratista no debería tener que soportar con el patrimonio de su empresa los incumplimientos de la administración. Una cosa es exigir una determinada capacidad económico-financiera a efectos de poder soportar holgadamente la metodología de pago de todo contrato de obra pública y, otra cosa muy distinta es que el contratista tenga que afrontar con el patrimonio de su empresa el incumplimiento de la comitente. Pretender que en la obra pública se exige capacidad económico-financiera para que el contratista pueda soportar los incumplimientos de la administración es lo mismo que sostener la legitimidad de la ilegitimidad. La capacidad económico-financiera exigida en los pliegos tiene por finalidad conocer si el contratista podrá soportar holgadamente el mecanismo de pago, los cuales son parciales y por trabajos realizados, con un plazo de entre treinta y cuarenta días. Si el contratista comienza el primero de marzo, certificará a partir de abril y cobrará recién en mayo.

Muy distinto es fundamentar el rechazo de la suspensión en que el contratista todavía no comprometió la estabilidad de su empresa toda para poder hacer

17. Esta ilegítima e inmoral técnica ha sido utilizada recientemente por el anterior Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuando congeló los pagos a la mayoría de los contratistas estatales, a efectos de alcanzar el superávit fiscal prometido a MACRI. Sin embargo, en muchos casos, luego de varios meses sin abonar, el GCBA exigía al contratista que mantuviera determinado ritmo de ejecución o amenazaba directamente con rescindir.

18. Ver CSJN, Fallos, 316:212, in re: *Cinplast IAPSA c. ENTEL s/ Ordinario*, (02.03.1993).

19. En el mismo sentido, sobre la dificultad de determinar cuándo existe una *razonable imposibilidad*, ver MERTEHIKIAN, EDUARDO, *Estudios sobre contratación pública*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 193.

frente al incumplimiento de la comitente, pues esto es lo que ni más ni menos significa la exigencia de *una razonable imposibilidad de cumplimiento*. Esto es ilegítimo. El contratista no debe utilizar la rentabilidad de otras obras para cubrir las pérdidas originadas por el incumplimiento de la administración en un contrato determinado.

Hay que comprender aquí que el co-contratante es un empresario y no tiene por qué llegar a un colapso o desequilibrio financiero para poder hacer frente a una obra cuando el comitente es una administración incumplidora. El empresario no busca la satisfacción del bien común y tampoco debe hacerlo, eso es tarea de la administración que, para lograrlo, debe gestionar de manera eficaz, responsable y seria los recursos estatales. Cuando la administración incumple, olvidó y se despreocupó por la satisfacción del interés público. Entonces, ¿por qué exigirle al contratista lo que es responsabilidad de la comitente y que ella misma ha omitido cumplir?

Si la administración cumpliera el ordenamiento jurídico, habría mayor seguridad para el contratista, los precios se reducirían por la reducción de riesgos, habría menos pleitos y mejores y más rápidas obras terminadas. Este esquema perverso contribuye al abuso de la administración y, finalmente, del contratista. Luego, no se sabe diferenciar la paja del trigo y se “mete todo en la misma bolsa” y salen perdiendo todos.

Ciertas veces es irrisorio ver la innumerable cantidad de causales de rescisión que posee la administración y las míseras causales de rescisión del contratista.²⁰

En un contrato de obra pública, a ninguna de las dos partes le conviene la rescisión. En la mayoría de los casos, se desperdicia más tiempo y dinero en seleccionar un nuevo contratista que en continuar con el anterior. Claro que este principio de continuidad del contrato de obra pública no significa que se

20. Señala GORDILLO que actualmente en contratos como el de obra pública, se entiende “que si bien el contratista no puede, ante el incumplimiento administrativo, interrumpir sus tareas y exigir la extinción por culpa exclusiva de la administración, *si puede al menos interrumpirlas sin incurrir en culpa él mismo*; en tales casos se entiende que por un incumplimiento mutuo el contrato se extingue por culpa recíproca o concurrente, o, lo que es lo mismo, sin culpa de ninguna de las partes”, haciendo referencia a la doctrina de la PTN y de la CSJN en el fallo citado *Cinplast* (GORDILLO, *Tratado...*, *op. cit.*, t. 1, Cap. XI, p. 47). Adviértase la desigualdad de la situación: si el contratista incumple se rescinde por su culpa. Si la administración incumple y el contratista interrumpe la ejecución, se rescinde por culpa recíproca.

mantenga a un contratista reiteradamente incumplidor. Lo que señalamos es que la administración tiene vastas posibilidades de rescindir prácticamente ante la simple mora o el menor incumplimiento del contratista. A éste, en cambio, no le alcanza con la demora en el cumplimiento de la administración sino que debe existir una “falta” de cumplimiento y estar a punto de sufrir un colapso financiero para poder suspender la ejecución. Además corriendo el riesgo de que la comitente rescinda el contrato por dicha suspensión y que posteriormente la Justicia interprete que el empresario no demostró la “razonable imposibilidad” de cumplir y que por lo tanto debería haber continuado a su riesgo y ventura con la ejecución en virtud de la satisfacción del interés público.

El contratista no debería tener que probar ninguna imposibilidad. Si la administración no paga en tiempo y forma, es evidente que se le genera un perjuicio, mayor o menor, pero perjuicio al fin.

De tal modo, habría que incluir dentro de la LOP como causal de suspensión o rescisión a favor del contratista, la falta de pago por parte de la administración de dos certificados luego de superado el plazo contractual a tal efecto.²¹ De este modo, si la administración no paga dos certificados en el plazo contractual, el empresario podrá escoger entre rescindir previo aviso, conforme los artículos 1201 y del 1204 Código Civil²² o suspender la obra hasta que se abone la deuda. Se suele señalar que, cuando se trata de un contrato público, la suspensión de la prestación por parte del co-contratante de la administración, ocasionaría serios inconvenientes al normal desarrollo de la planificación contractual y a la comunidad. Sin embargo, se omite considerar que la administración es la primera obligada a evitar estos inconvenientes. Y que tales inconvenientes se evitan contando con la disponibilidad de fondos líquidos para ejecutar las partidas correspondientes al presupuesto oficial y no destinándolos a “cubrir otros agujeros”.

21. Decimos dos pero podrían ser tres o uno. Sin embargo, propiciamos esta opción basados en la práctica. La mayoría de los pliegos establecen un plazo aproximado de 30 a 40 días para el procedimiento de certificación y pago. En este esquema, para poder oponer la *exceptio* la administración debería incumplir el pago de dos certificados, lo que significa que si hablamos de trabajos realizados en marzo, certificados en abril, deberían cobrarse en mayo, sumados a los trabajos de abril, que deberían cobrarse en junio. Un retraso de dos certificados constituye alrededor de tres o cuatro meses sin que el contratista cobre, tiempo más que suficiente para que éste pueda oponer la *exceptio*.

22. Podría extenderse el plazo mínimo de 15 días que fijan los arts. 1204 del C.Civil y 216 del C.Comercio para que se regularice la situación de incumplimiento, pero no llevarlos a los inmorales plazos de la Ley 6021 u otras normas de OP provinciales inspiradas en el proyecto de Ley CIMOP.

En ciertas situaciones de emergencia o urgencia, es legítimo utilizar fondos para atender otra finalidad. Pero cuando ello se da normalmente o cuando se contrata directamente sin contar con la financiación completa, entonces es la administración la que generó el perjuicio a la comunidad de antemano, por no importarle. Luego, no se le puede trasladar al contratista la irresponsabilidad de la administración impidiéndole suspender la obra.

Adviértase que un contrato de obra pública puede durar más que un ejercicio financiero o que, por retrasos burocráticos desde la verificación del crédito legal hasta la adjudicación y comienzo de la ejecución, pueden pasar dos o tres ejercicios fiscales y entonces, para cuando se comienza con los trabajos, las partidas ya no existen o ya no existe la misma capacidad de la repartición, etc. Por ello, impedir la suspensión por parte del contratista por falta de pago con fundamento en que esto ocasionaría serios inconvenientes a la comunidad es trasladar directamente la irresponsabilidad de la administración en el empresario, pues es aquella la que debería haber pensado en la comunidad cuando contrató sin saber si contaba con la liquidez y los fondos necesarios para poder terminar de pagar.

De allí que, reiteramos: el contratista quiere obtener una ganancia, que debe ser legítima y razonable, pero en ningún momento pretende satisfacer el bienestar común ni debería obligárselo, ya que esa es la finalidad de la administración, quien para lograrlo, debería actuar dentro del marco del ordenamiento jurídico, para evitar el encarecimiento de los contratos así como los daños y perjuicios posteriores. Y los jueces, algún día deberán retornar a dejar de defender la irresponsabilidad de la administración, para hacer que la misma madure y se vuelva responsable de sus propios actos.

En fin, el problema de la falta de pago había sido relativamente solucionado mediante el dictado del Decreto 1186/1984, que en principio pareciera encontrarse vigente y ser aplicable a las obras públicas nacionales y en aquellas en las que se aplique la Ley 13.064.

De todos modos, como podrá observarse, la *exceptio non adimpleti contractus* no funciona en la obra pública como en cualquier contrato privado. Y en este sentido, al contratista solo le queda reclamar y reclamar, agotando la vía administrativa

para llegar a la eterna instancia judicial que se encuentra colapsada por los mismos actos del gobierno cerrando así un círculo inadmisibles en un estado de derecho, aunque sea de excepción.

2.4. Riesgo objetivo

En esta categoría incluimos todos aquellos riesgos que no se originan en la conducta de las partes contratantes. El principio es que tales riesgos son soportados por la administración comitente, para abaratar el precio ofertado y, especialmente, porque en principio, un contratista particular no podría soportar la ejecución de un contrato de obra pública sin tal disminución de riesgos y en caso que pudiera, el precio sería exorbitante.

2.4.i Riesgos originados en la conducta de terceros. Aquí incluimos todos los riesgos originados en la conducta de terceros, por los cuales no debe responder ni el empresario ni la administración.

Si se trata de un riesgo originado en la conducta de un subcontratista, como ya se explicó, el empresario deberá responder frente a la comitente y a la comunidad, pero siempre tendrá la acción de repetición.

Podemos incluir aquí aquellas huelgas que no sean consecuencia de incumplimientos del contratista, porque en tal caso se ubicarán dentro de la primera categoría.

También los vicios ocultos en los materiales patentados o ajustados a determinadas normas exigidas por la administración pública en los pliegos (Normas IRAM, VDE, ISO 9000, etc.) que en general responden a una industria proveedora cartelizada o poco competitiva que certifica la calidad de los mismos. Por ejemplo en los casos de líneas de electricidad los postes de hormigón centrifugado con importante incidencia en los costos de la obra.

Las fallas y vicios del material o en componentes fabricados especialmente para la obra requeridos por la administración o en los elementos de montaje, deben ser, en determinados casos y circunstancias, causal eximente de

responsabilidad para el contratista respecto de las demoras que su reemplazo ocasione.

Asimismo, hay riesgos causados por terceros que no tienen relación con la obra. En este caso pueden incluirse daños a la obra o al contratista y sus materiales. Por ejemplo, en las obras viales, terceros extraños suelen hurtar las bajadas de electricidad, cables, cobre y demás elementos. También pueden producirse daños a la obra misma. En tal caso, si las acciones riesgosas o dañosas exceden el razonable deber de vigilancia y seguridad que tiene todo contratista, ese riesgo deberá ser soportado por la administración, como acertadamente ha decidido la PTN²³ en el caso EACA. En cambio, el contratista deberá soportar el riesgo si el mismo se origina en el incumplimiento de tal deber de seguridad.

También será trasladado a la administración, en virtud del art. 35 LOP y de la doctrina del dictamen citado, el riesgo originado en cualquier causa justificada, incluida la conducta humana irresistible, como por ejemplo el caso de desabastecimiento de materiales, mano de obra, etc.

2.4.ii Riesgos originados en hechos de la naturaleza. Esta categoría se refiere a los hechos de la naturaleza, que pueden quebrantar la equivalencia de las prestaciones, aunque, en este caso, las más de las veces, el riesgo es trasladado a la administración, quien debe soportar las consecuencias de este tipo de acontecimientos cuando presentan las características del caso fortuito y la fuerza mayor, es decir, imprevisibilidad, irresistibilidad o inevitabilidad, extraneidad, actualidad, sobreviniencia e insuperabilidad.²⁴

En los casos en que los hechos de la naturaleza no se presentan con las características señaladas, el riesgo por el acontecimiento de los mismos recae sobre el contratista, como por ejemplo, la época de veda invernal en el sur del país, en la cual no se puede construir debido a la excesiva humedad y a las bajas

23. PTN, *Dictámenes*, 130:27, en el cual la Procuración se expide en sentido favorable al pago de los daños y perjuicios ocasionados por la voladura con explosivos por parte de grupos guerrilleros del puesto policial en la cabecera de la obra "Nuevo Puente Pueyrredón", cuya construcción estaba a cargo de EACA SA, empresa que reclamaba la indemnización.

24. Ampliar en ALTERINI, AILIO ANÍBAL / AMEAL, OSCAR JOSÉ / LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de obligaciones*, 2º ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 367 y ss.

temperaturas que congelan el agua y no permiten que el hormigón adquiera la resistencia de debe adquirir con su mezcla y amasado. En esta época, las obras se paralizan, neutralizándose los plazos. Si el contratista no previó e incluyó en su presupuesto tal paralización, no deberá indemnizársele el daño, ya que el acontecimiento era previsible. En tal caso, el riesgo de este hecho natural entra en la esfera del contratista debido a su previsibilidad, salvo que los pliegos prevean otros efectos.

2.4.iii Riesgos originados por las variaciones de precios en el mercado. El Decreto 1295/2002 regula la distribución de riesgos originados por las variaciones de precios en el mercado. De esta forma, establece lo que se denomina “cláusula gatillo” que es del 10% del precio total del contrato.²⁵ Si las variaciones de precios, conforme la metodología establecida por el Decreto, superan tal porcentaje, el incremento será afrontado por la administración. Si en cambio, no se supera el 10% establecido, las variaciones serán soportadas por el contratista (art. 4 *in fine*).

2.4.iv Riesgos originados en la actividad lícita del Estado. Incluimos aquí los riesgos que pueden provenir de actos estatales legítimos, como por ejemplo, la sanción de normativa general que altere alguna o algunas de las condiciones contractuales, las cuales, en principio, deberían ser soportadas por la administración. También corresponde a esta categoría cualquier otra actuación estatal legítima que afecte la equivalencia de prestaciones. Básicamente, nos referimos al denominado *hecho del príncipe*.²⁶

2.4.v Riesgos especiales. Vale señalar aquí a la teoría denominada como de sujeciones materiales imprevistas²⁷ que cuando se presentan sus consecuencias también deben ser soportadas por la administración. Sin embargo, corresponde

25. Art. 2° — *Los precios de los contratos de obra pública, correspondientes a la parte faltante de ejecutar, podrán ser redeterminados a solicitud de la contratista cuando los costos de los factores principales que los componen, identificados en el Artículo 4° del presente decreto, hayan adquirido un valor tal que reflejen una variación promedio de esos precios superior en un DIEZ POR CIENTO (10%) a los del contrato, o al precio surgido de la última redeterminación según corresponda, conforme a la “Metodología de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública” que como Anexo forma parte integrante del presente Decreto. Esta redeterminación será aplicable únicamente a los contratos de obra pública regidos por la Ley N° 13.064 y sus modificatorias, y no será de aplicación a las concesiones con régimen propio y cobro directo al usuario, como así tampoco a los contratos de concesión de obra y de servicios, licencias y permisos.*

26. Ampliar en BARRA, *op. cit.*, t. 3, p. 1198 y ss. respecto de la delimitación del instituto y sus caracteres.

27. Ampliar en BARRA, *op. cit.*, t. 3, p. 1178 y ss.; y en DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho Administrativo*, t. III, Buenos Aires, Plus Ultra, 1979, p. 244 y ss.

diferenciar si tales consecuencias se originan en la conducta de la comitente o en causales externas. En el primer supuesto, por ejemplo, si el origen del desequilibrio se basa en errores del proyecto, la comitente responde por ser una causal de riesgo propia. Si las alteraciones se producen por causas externas no previstas por las partes, la administración responde pero por la asunción del riesgo objetivo.

Ahora bien, por más que los pliegos pongan a cargo del contratista la obligación de revisar el proyecto en la etapa de estudio de la licitación y de visitar la obra e informarse sobre el aprovisionamiento de materiales, accesibilidad y demás circunstancias que puedan modificar el costeo de los trabajos, dicha obligación no tiene otro alcance más que el de estudiar todas esas circunstancias pero sobre la base de presuponer la seriedad de los estudios y los cálculos realizados por la Administración en la etapa de proyecto.²⁸

Así por ejemplo, los vicios del subsuelo donde se levantará la obra pueden ser imprevistos, aunque sí previsibles, pero los costos de esa previsibilidad pueden ser tan altos que es mejor asumir el riesgo de no conocerlos y si aparecen pagarlos o convenir el modo de soportar tales riesgos.

En el contrato de obra pública los asume la administración, salvo que el proyecto sea parte de la contratación, lo que se produce sólo en supuestos excepcionales como lo dispone la LOP.

También debemos incluir aquí el supuesto del denominado hecho tecnológico nuevo, que también debe ser soportado por la comitente.²⁹

28. DIEZ, *op. cit.*, t. III, p. 245, en donde este autor señala “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 de la seriedad del proyecto de la administración pública y sobre un sencillo y razonable examen del terreno. No se le puede pedir que haga una investigación exhaustiva ni tampoco que realice un control del proyecto de la administración. El error, la negligencia, la imprevisión en la ejecución del proyecto, la ausencia de investigaciones idóneas de la administración pública que han dado origen a una equivocación del cocontratante acerca de las condiciones en que habrá de ejecutarse la obra, impiden que se cargue a éste el riesgo de su ejecución.”

29. BARRA, *op. cit.*, t. 3, p. 1202 y ss.

III. LA ADMINISTRACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

3.1 En un sentido amplio, diremos que *la administración del contrato se refiere al modo de organización de los materiales, recursos y fuerzas humanas a efectos de realizar la obra contratada evaluando y manejando las situaciones que quedan comprendidas dentro del riesgo empresario y previniendo las posibles situaciones de conflicto que reduzcan o disminuyan la ganancia legítima tenida en cuenta por el empresario al momento de contratar.*

De tal forma, administrar un contrato significa, en primer lugar, maximizar recursos y fuerzas humanas mediante una organización racional que le permita al contratista llevar a cabo la obra según las reglas del arte y las normas contractuales y legales, a efectos que sirva para los fines respecto de los cuales fue prevista.

En segundo lugar, mediante la administración del contrato se trata de minimizar el riesgo empresario que asume todo contratista en un contrato de obra pública.

Y por último, se trata de que, mediante la maximización de los recursos y fuerzas humanas, el contratista logre el lucro o ganancia “legítima” que tuvo en miras al contratar.

3.2 De ello se desprende que para lograr una adecuada administración del contrato se necesite, en la mayoría de los casos, de un equipo interdisciplinario que pueda abarcar los distintos aspectos técnicos, sean de arquitectura o ingeniería o ambos, así como también los aspectos económicos y legales.

De allí que la primera consecuencia de esta sistematización se refiera a la necesidad de tomar conciencia respecto de que para un contrato de construcción, no sólo hace falta contar desde el primer momento con ingenieros y arquitectos, sino también con contadores, economistas y abogados, dependiendo de los distintos casos.

Advertimos en la práctica una innumerable cantidad de situaciones en que las empresas contratistas pierden derechos por desconocer cláusulas de caducidad de los mismos y ello se debe a una ineficiente administración del contrato en

la que no se tuvieron en cuenta desde el comienzo las distintas cláusulas que aumentaban su riesgo empresario o que ponían un plazo a los reclamos de derechos.

Ahora, no siempre se cuenta o debe contar con un equipo interdisciplinario, porque tal vez la cuantía del contrato o la complejidad de la obra no lo exijan. En estos casos los ingenieros y arquitectos deberán lograr aquella sensibilidad que sólo da la práctica para reconocer en los pliegos aquellas cláusulas respecto de las cuales deben acudir a un economista, a un contador o a un abogado.

En definitiva, en estos casos, es deseable que el contratista tenga marcado cuándo debe llamar a estos profesionales que no forman parte de su planta permanente para prevenir futuros o eventuales perjuicios económicos.

De esta forma, podemos resumir que la administración del contrato de obra pública significa prevención.

3.3 Otro punto importante es resaltar que la administración del contrato nada tiene que ver con el lobby empresario.³⁰ Son dos situaciones y dos vías distintas. No entraremos aquí a analizar la legitimidad o validez de una y otra. Quienes trabajamos en el ámbito de la obra pública, sabemos que en el marco de colaboración donde representante técnico e inspector de obra se ven las caras todos los días, resulta inevitable que surjan negociaciones y conversaciones cotidianas sobre la marcha del contrato. Esta realidad es innegable. Sin embargo, dejarnos llevar solamente por la vía del lobby o de la negociación por lo general obstaculiza –y a veces empeora– la adecuada administración del contrato de obra pública. Por ello, resulta imperioso dejar en claro que la administración del contrato es un camino paralelo al lobby empresario y que toda empresa constructora debe necesariamente contar con una estructura que le permita administrar eficaz y adecuadamente el contrato independientemente de las negociaciones paralelas que se lleven a cabo para resolver los problemas del día a día de la obra. Lo importante, como veremos, es poder transitar ambas vías y no tener que recurrir

30. Aclaremos, aunque no debiera hacer falta, que cuando decimos lobby empresario no nos referimos a soborno, sino a las conversaciones cotidianas entre administración y contratista sobre la marcha de la obra y sobre los problemas que pueden presentarse cotidianamente.

a la negociación porque se perdió la posibilidad legal de reclamar un derecho, porque cuando se pierde esta posibilidad legal de reclamar, se debilita la posición del empresario para negociar.

3.4 En el aspecto legal, la administración del contrato se refiere a la correcta individualización de las cláusulas restrictivas de derechos y de caducidad de los mismos y a la contestación en tiempo y forma de las órdenes y/o comunicaciones de la administración comitente. No debemos olvidar que estas órdenes y/o comunicaciones en la mayoría de los casos constituyen actos administrativos que generan efectos jurídicos directos al contratista y que deben ser impugnados oportunamente conforme las normas contractuales y/o legales.³¹

IV. CASUÍSTICA

En este apartado, desarrollaremos algunos ejemplos claves que suelen presentarse en un contrato de obra pública sobre los que hay que tener especial cuidado.

4.1 Órdenes de servicio

Explica BARRA que “Durante la ejecución de los contratos las partes van emitiendo una documentación de trascendental importancia, pues en ella se deja constancia de las alternativas más importantes de la obra, se manifiestan los distintos cuestionamientos técnicos que pudieren existir, se asientan posiciones de relevancia jurídica, expresándose así, de manera documentada, la conducta de las partes, medio principalísimo en orden a la interpretación de los alcances de la voluntad que comprometieron al contratar y de particular importancia para la resolución de los conflictos que pudieren sobrevenir a la formalización del contrato.”³² Esta documentación son las denominadas órdenes de servicio y notas de pedido.

Sigue explicando este autor que “La orden de servicio es el medio de que dispone la comitente, a través del inspector de obra, para ejercer sus poderes de dirección

31. Cfr. BIBILONI, HOMERO M., “Los tiempos y la obra pública” en *La Industria de la Construcción y la Economía Nacional*, t. 25, Buenos Aires, CAC, 1986, p. 138.

32. BARRA, RODOLFO CARLOS, *Contrato de Obra Pública*, t. 2, Buenos Aires, Ábaco, 1986, p. 714.

y vigilancia sobre los trabajos en ejecución por el contratista.”³³

En muchos casos, estas órdenes de servicio constituyen actos administrativos plenos que generan efectos jurídicos directos al contratista, obligándolo de determinada manera.

Ahora bien, cuando una orden de servicio impone una obligación al contratista que no corresponde o que es ilegítima o que resulta en una carga que el contratista no debe legal ni contractualmente soportar, debe ser impugnada en legal tiempo y forma.

Como señala FIORINI en cuanto a los libros de notas de pedidos y las observaciones, reservas, indicaciones y reclamos por parte del contratista, “La falta de constancia de estas manifestaciones o no expresadas a su debido tiempo, reciben la sanción de caducidad preclusiva y con más razones si las causas visibles que dieron origen a las observaciones han desaparecido con el tiempo. Esta documentación sin llegar al rigor de un protocolo, es un medio útil y práctico que regla y prueba las relaciones entre la Administración y el contratista durante la faz operativa de la obra y que adquiere validez de prueba instrumental de importancia. Los derechos que tiene el contratista frente a la ejecutoriedad ordenativa de la Administración pública, se protege por medio de las reservas, observaciones o reclamos que son verdaderas vías administrativas de impugnación contra los actos, órdenes, omisiones o desviaciones del administrador. Las órdenes de obra son órdenes administrativas de servicios y como tales son actos administrativos, que así deben ser considerados.”³⁴

En este sentido, agrega este autor que “Todas las normas legislativas, administrativas y en especial las asentadas en los pliegos de condiciones, comprueban la existencia de dos principios consagrados en las relaciones ejecutorias para la construcción de obras públicas: a) no existen y no tienen validez las órdenes verbales; y b) presunción de conformidad del contratista a las órdenes de la Administración si no se manifiestan por escrito las reservas o impugnaciones correspondientes. Un

33. BARRA, *op. cit.*, t. 2, p. 715.

34. FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Derecho administrativo*, t. 1, 2º ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 710.

principio de prudente razonabilidad justifica que estos comportamientos pueden tener excepciones cuando han existido causas probadas para su omisión, pero que fueron manifestadas en forma inmediata cuando desapareció el impedimento.”³⁵

Atento el estado actual de la jurisprudencia en cuanto a la impugnación judicial de los actos que comprenden un contrato administrativo y citamos los fallos de la Corte en las causas: *Mevopal*, *Pensavalle* y *Gyprobras*, entre otros y de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso administrativo, en la causa *Petracca*, cabe concluir que no podemos fiarnos de una futura habilitación de la instancia si no impugnamos cada acto en particular, a pesar de que formen parte de una relación contractual de tracto sucesivo y compleja como es la nacida de un contrato de obra pública.

No debemos olvidar que luego de la reforma introducida por la Ley 25.344 al instituto del reclamo administrativo previo, ahora se aplica al mismo el plazo de caducidad del art. 25 del Decreto-Ley 19.549/72. Por ello, aunque estos plazos deben interpretarse en el marco de la buena fe contractual, es preferible impugnarlos o por lo menos efectuar las observaciones y reservas del caso en los momentos en que estos actos fueron dictados y no esperar hasta la consecución contractual o la rescisión.

De allí que resulte fundamental advertir e individualizar cuál es el plazo de impugnación de las órdenes de servicio en cada pliego, que en muchos casos es de 3 días hábiles o 5 días corridos. Claro que, si no existiese plazo contractual para impugnar las órdenes de servicio, entonces habrá que estarse a los plazos comunes establecidos en el Decreto-Ley 19.549/72 y su reglamento el Decreto 1759/1972 (t.o. 1991) para los recursos de reconsideración y jerárquico.

4.2 Pedidos de prórrogas

Otro tema de importancia la revisten los pedidos de prórrogas por causas no imputables al contratista. En estos casos, cuando la administración comitente rechaza total o parcialmente la prórroga solicitada resulta fundamental realizar

35. FIORINI, *op. cit.*, t. 1, p. 710.

la impugnación de la denegatoria y/o hacer las observaciones correspondientes o por lo menos dejar asentada una reserva en disconformidad.

Del mismo modo que con las órdenes de servicio, la falta de impugnación en los plazos legales o contractuales implica la caducidad del derecho por el transcurso del tiempo. Lo peor en estos casos es que luego la administración comitente impondrá las multas del caso por las demoras en la ejecución, aunque la misma se deba a causas no imputables al contratista.

En este supuesto, cuando el contratista intenta impugnar la multa por la demora imputada, la administración suele confirmarla con fundamento en que si el empresario no impugnó la denegatoria de la prórroga oportunamente, entonces consintió que podía finalizar la obra en los plazos contractuales originales

4.3 El Acta de replanteo – Caducidad de derechos por omisión de anotación de distintas situaciones en dicho Acta – Acta de replanteo en obras viales

Otro tema de fundamental importancia tiene lugar con el replanteo de la obra. 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.”³⁶

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.”³⁷

36. BARRA, *op. cit.*, t. 2, p. 720.

37. FIORINI, *op. cit.*, t. 1, p. 708.

FIORINI agrega que “El replanteo como acto de entrega, deberá hacerse constar en el acta de «replanteo», donde el contratista o su 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.”³⁸

Las consecuencias jurídicas del replanteo son varias. Podemos decir que la principal de estas consecuencias constituye que “...esta operación técnica establecerá la viabilidad de la obra en sí misma (es decir, podría determinar que ésta es absolutamente imposible) o bien su falta de viabilidad relativa, resultando necesario realizar modificaciones al proyecto. Según se trate de uno u otro caso, se producirá la rescisión del contrato por culpa de la Administración (que ha confeccionado un proyecto erróneo) o, se deberá modificar el precio del contrato, para adecuarlo a las comprobaciones arrojadas por el replanteo, siempre que la magnitud de tales modificaciones no autorice o eventualmente obligue a la rescisión contractual.”³⁹

Del mismo modo, “Las observaciones que no se manifiesten en esa oportunidad, no podrán ser motivos de denuncias posteriores, como tampoco considerarse las responsabilidades que podrán provenir de hechos no asentados. El acta de replanteo no es acto solemne pero es una prueba instrumental acabada de cómo se ha recibido la cosa donde debe levantarse o realizarse la obra. Los pliegos de condiciones establecen rigurosamente la caducidad del derecho de los reclamos del contratista que no fueron expuestos en esa oportunidad.”⁴⁰

Se advierte entonces, que las observaciones que consten en el acta de replanteo resultan de vital importancia para la posterior ejecución del contrato y en relación a los derechos y obligaciones que nacerán para cada parte.

Es por ello que resulta extremadamente importante que el empresario realice todas las observaciones y manifestaciones que considere pertinente y que las

38. FIORINI, *op. cit.*, t. 1, p. 708.

39. BARRA, *op. cit.*, t. 2, pp. 721-722.

40. FIORINI, *op. cit.*, t. 1, p. 708.

haga constar en el Acta de Replanteo, a efectos de dejar salvaguardado cualquier tipo de conflicto posterior. Asimismo, este es el momento propicio para advertir cualquier error en el anteproyecto preparado por la administración, a efectos de hacer valer la responsabilidad establecida en el art. 4º de la Ley 13.064. Adviértase que la última parte del art. 26 claramente establece que *“Cualquier deficiencia o error que constatará [el empresario] en el proyecto o en los planos, deberá comunicarlo al funcionario competente antes de iniciar el trabajo.”*

Claramente, el juego de los arts. 4º y 26º de la Ley de Obras Públicas tiene ciertos matices. Si el error del proyecto es de tal magnitud que puede ser advertido por el contratista antes del replanteo, entonces éste deberá denunciarlo de inmediato. Siendo que en el contrato de obra pública se exige al contratista la pericia de un experto, no puede obviar un error en el proyecto que alguien de su pericia debería haber advertido con anterioridad al replanteo. Si en cambio, el error o vicio en el proyecto se encuentra oculto, no habrá manera de advertirlo sino hasta después de comenzada la ejecución. En este supuesto, no es válido que la administración haga recaer la responsabilidad en el contratista, quien asumiendo la máxima pericia posible no podría haber conocido el vicio. Un ejemplo de esta última situación, en las obras viales, son los estudios de suelo⁴¹ cuando el proyecto está a cargo de la administración. Para realizar un estudio de suelo adecuado, hay que levantar la capa asfáltica y analizar qué es lo que hay debajo. Cuando el proyecto –y consecuentemente– el estudio de suelos, está hecho por la administración, por lo general no se realizan excavaciones, con lo cual, cuando el contratista realiza el replanteo, no está en condiciones de saber si la administración se equivocó o

41. Ver GARBER, NICHOLAS J. / HOEL, LESTER A., *Ingeniería de Tránsito y de carreteras*, Thomson, 2005, ISBN 9706863648, versión electrónica disponible en http://books.google.com.ar/books?id=G9zxVrbzctcC&dq=estudio+de+suelos+construcci%C3%B3n&source=gbs_summary_s&cad=0. Estos autores señalan que “El primer paso en cualquier estudio de suelos radica en la recolección de la información existente sobre las características del suelo del área donde se va a localizar la carretera. Esta información puede obtenerse de los mapas geológicos y de suelos agrícolas, de las fotografías aéreas existentes, y de un examen de las excavaciones y de los cortes existentes en el camino.”

“El siguiente paso es obtener e investigar suficientes muestras de suelo a lo largo de la ruta de la carretera, para identificar las fronteras de los diferentes tipos de suelo, de modo que pueda trazarse un perfil del suelo. Se obtienen muestras de cada tipo de suelo a lo largo de la localización de la ruta mediante perforaciones con barrena o con pozos de sondeo para las pruebas de laboratorio. Generalmente se toman muestras a diferentes profundidades hasta aproximadamente 5 pies. En los casos en los que se requiera la localización de rocas, la profundidad puede incrementarse. Entonces se determinan las propiedades técnicas de las muestras y se usan para clasificar a los suelos. Es importante que se registren sistemáticamente las características de los suelos en cada orificio, incluyendo la profundidad, la ubicación, el espesor, la textura, etc. También es importante anotar la localización del nivel freático. Entonces se usan estos datos para graficar un perfil detallado del suelo a lo largo de la carretera” (p. 880). Por último, los autores refieren que además existen dos métodos geofísicos de exploración del suelo, para obtener los perfiles del mismo, conocidos como método de la resistividad y método sísmico (p. 881).

no con el perfil de suelo consignado en el proyecto. Sólo podrá saberlo una vez que comience a ejecutar y ello será después del replanteo. En este caso, como en otros similares, cuando el error en el proyecto realizado por la administración sólo puede ser advertido una vez que ya se ha comenzado a ejecutar, la comitente es responsable y debe hacerse cargo de los gastos de más que ese error implique.

Ahora bien, la problemática se agrava cuando los contratos de obra pública se licitan por ajuste alzado pero con un proyecto incompleto o erróneo. Como sostiene CIANFLONE, una obra por ajuste alzado con un proyecto erróneo o incompleto constituye una inmoralidad. Supongamos una obra de refacción y restauración de un edificio antiguo o que hace varios años que no se utiliza. En el proyecto preparado por la administración (o anteproyecto) debiera constar un estado preciso de todas las instalaciones que no se encuentran a la vista. Supongamos que esta obra se licita por ajuste alzado pero el proyecto no contiene ninguna indicación especial sobre estas instalaciones, salvo que las mismas se encuentran en buen estado. El contratista, aquí, se encuentra en un brete, ya que puede aceptar que las instalaciones se encuentran en buen estado y realizar una cotización determinada, asumiendo como riesgo el hecho de que las mismas sean inservibles y sólo lo advierta al momento de romper las paredes, con el perjuicio de que, al tratarse de una obra por ajuste alzado, deba cargar él mismo con los costos de las nuevas instalaciones. Su otra opción es cotizar de más, para cubrir este posible riesgo, pero asumiendo la posibilidad de perder la licitación por la cuantía del precio cotizado.

Desde la doctrina y la jurisprudencia se suele señalar que en casos como estos el contratista debe solicitar aclaraciones sobre el proyecto, las que por lo general no aclaran nada y que, si esto sucede, entonces debe impugnar los pliegos. Sin embargo, esta posición resulta inocente y omite la realidad: si el contratista impugna el pliego en la etapa licitatoria porque el proyecto se encuentra incompleto, en muchos casos no sólo no ganará esa licitación, sino que probablemente no gane ninguna otra con esa repartición. Sumado, claro está, a que deberá terminar en juicio. Los constructores no están para impugnar pliegos, sino para construir. Y la administración, no está para sacar ventajas ilegítimas, sino para gestionar el bien común. Si se trastoca esta ecuación, obtenemos los resultados que vivimos los argentinos y a los que tan acostumbrados estamos.

Las obras en las que el proyecto y los estudios que le sirven de base no sean precisos, concretos y seguros, deberían licitarse por unidad de medida o por costes y costas. Otra solución posible es permitir que estos ítems se coticen por separado, por unidad de medida o costes y cotas y el resto de la obra por ajuste alzado.

En fin, el juego de los arts. 4º y 26º debe interpretarse razonablemente, exigiéndole al contratista la pericia de un experto pero no los rayos x de la visión de Superman, porque ello es imposible.⁴²

Otro punto de interés respecto del replanteo se da en las obras viales, en las que muchas resultan de una extensión de cientos de kilómetros. Claramente existen situaciones difíciles de prever, pero es importante por lo menos realizar un recorrido previo y completo al acto de entrega, en el cual se constate el estado del terreno en el que se ejecutará la obra y que el mismo se recibe sin ocupantes o intrusos en la traza y sin interferencias visibles (ej. instalaciones aéreas de servicios de energía u otros). Supongamos que se recibe la obra, se labra el acta de replanteo y luego se descubre que en la colectora o adyacencias de la ruta, en la zona de camino, hay viviendas precarias construidas y gente viviendo allí. En el acta de replanteo no se ha dejado constancia de este hecho, lo que significa que legalmente, el empresario recibió la obra libre de ocupantes debiendo responsabilizarse por las consecuencias que tal ocupación precaria pueda ocasionar en la ejecución de la obra. Diferente resulta el caso si se dejó constancia de ello en el acta de replanteo, pues entonces, la responsabilidad de liberar la traza de la obra recae en la comitente.

42. 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 experto 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 conserva la responsabilidad por los mismos, ya que sólo ilegítimamente puede en este caso trasladar su responsabilidad en el contratista. No debemos olvidar que el error es 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. Una adecuada, armónica y razonable interpretación jurisprudencial del juego de los arts. 4 y 26 LOP puede encontrarse en 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.

V. PALABRAS FINALES

Como afirma PODETTI con cita de RONDINA, “La obligación principal del constructor se cumple mediante la *organización de los medios necesarios*. Es precisamente su capacidad de organizar y su información y conocimiento respecto de cuáles son los medios más adecuados para la obra que debe llevar a cabo lo que garantizará el debido cumplimiento de la promesa de resultado que ha hecho al comitente.”⁴³

A su vez, el propio RONDINA señala que el empresario es quien tiene a su cargo “1º) la organización de los medios y fuerzas puestas al servicio de determinada obra o producción; 2º) la asunción de los riesgos; y 3º) el espíritu de lucro, lo que determina a la empresa contemporánea.”⁴⁴

Por ello, además de tener que realizar y entregar el *opus* conforme a las reglas del arte y las normas contractuales y legales, es necesario que el empresario cuente con una estructura que pueda reducirle no sólo los riesgos económicos asumidos al contratar, sino también que pueda prevenirle de pérdidas innecesarias de derechos –que finalmente casi siempre se traducen en pérdidas económicas–. Hay que comprender que si se mantienen las posibilidades legales de reclamar, se fortalece al fin la posición del contratista.

Para ello resulta fundamental prever y organizar no sólo las cuestiones técnicas, sino además, las cuestiones económicas y legales del contrato, en especial estas últimas, que implican tener en cuenta con antelación cuáles son las cláusulas restrictivas de derechos a efectos de actuar en consecuencia para ir desarrollando las estrategias pertinentes que permitan construir una posición documentada y sólida para el contratista

No olvidemos que la documentación contractual constituye medio probatorio y, por ello, las impugnaciones, reservas u observaciones efectuadas en tiempo oportuno en los documentos contractuales generan una sólida posición para el contratista que le permitirá contrarrestar posibles conflictos posteriores y

43. PODETTI, HUMBERTO, *Contrato de construcción*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 54.

44. RONDINA, HOMERO, *La responsabilidad civil y el contrato de construcción*, Buenos Aires, Depalma, 1973, p. 35.

reducir los perjuicios económicos. Se trata entonces, de ir construyendo una posición estratégica del contratista en los plazos legales establecidos, sin perder derechos y documentándola para que posteriormente sirva de medio de prueba en caso de conflicto en sede administrativa o judicial.

Esta preparación probatoria e indiciaria de una postura que haga hincapié en el cumplimiento cabal del contrato por parte del empresario es una forma de administrarlo adecuadamente, ya que permite contrarrestar multas y rescisiones y de tal forma evitar la reducción del lucro legítimo que se tiene en miras al contratar, como también la reducción del riesgo empresario y técnico.

A este respecto se hace necesario agregar que en obras de gran envergadura e importancia por su sofisticación tecnológica (v. gr. una central núcleo-eléctrica), existen otras piezas probatorias como son los partes diarios que es conveniente llevar con prolijidad pues permitirán gestionar con mayor eficacia los aspectos de la administración de contrato y apoyar eventuales reclamos posteriores.

Lo mismo ocurre respecto de la documentación administrativa de la obra, tal como los permisos municipales habilitantes para ejecutarla o de las plantas necesarias para su realización o lo relativo a recepción y estiba de materiales, ayuda de gremios para el transporte de los mismos, manuales de manipulación y estibaje especiales y otras cuestiones que pueden muchas veces, por inadvertencia o falta de previsión generar pérdidas innecesarias.

La previsión y la contratación de un asesor o broker en seguros también permitirá reducir los riesgos y facilitará una mejor administración del contrato que optimice los beneficios y reduzca los riesgos.

La Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho en un antiguo dictamen que “Los términos contractuales para solicitar prórrogas, reclamar indemnizaciones o reconocimientos, etc. tienen por fin permitir a la Administración la verificación y certificación de la existencia de los hechos que se aduzcan por lo que, encontrándose cumplida esa finalidad, no puede oponerse a la empresa el incumplimiento de tales términos. Es violatorio de la buena fe que debe imperar en los contratos administrativos, que la

Administración se niegue a indemnizar daños que le constan invocando al efecto una supuesta caducidad de términos.”⁴⁵

Este es el camino a seguir, sin embargo, aun cuando estas cláusulas restrictivas debieran analizarse a la luz de la buena fe contractual, la dura realidad demuestra que atento el estado ambiguo de la jurisprudencia nacional sobre impugnación judicial de actos que integran el complejo de un contrato de obra pública y la aplicación del plazo de caducidad del art. 25 del Decreto-Ley 19.549/72 a los reclamos administrativos previos, resulta prudente impugnar, observar o hacer las reservas necesarias en cada momento que se presenten, para no vernos luego ante pérdidas innecesarias de derechos que debiliten la posición empresaria del constructor.

45. PTN, *Dictámenes*, 103:290.