

SISTEMAS DE CONTRATACIÓN EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA - LA TRAMPA DEL AJUSTE ALZADO

Por Dr. Nicolás Bonina

Este trabajo forma parte de la Revista de Derecho Administrativo (ReDA), N° 131, Septiembre - Octubre 2020, Abeledo-Perrot, p. 234.

SUMARIO

I. Definiciones terminológicas	01
II. Los sistemas de contratación en la Ley 13.064	02
II.I. Introducción	02
II.II. Unidad de Medida	03
II.III. Ajuste alzado	05
II.IV. Coste y costas	07
II.V. Otros sistemas de excepción que se establezcan	08
III. La práctica administrativa: La trampa del ajuste alzado	09
IV. Palabras Finales	13

I. DEFINICIONES TERMINOLÓGICAS

Liminarmente y a fin de evitar ambigüedades terminológicas, procederemos a distinguir dos conceptos distintos que pueden llevar a confusión: a) *los modos por los cuales se puede ejecutar una obra pública* y; b) *los sistemas de precios de un contrato de obra pública*.

Para Barra el término *sistemas de ejecución* “está haciendo referencia a la calidad de los sujetos que intervienen en la ejecución de la obra pública” y el término *sistemas de contratación* “tiende, en cambio, a hacer referencia a las distintas formas de valorar el precio de la obra, ya sea, básicamente por ajuste alzado, unidad de medida o coste y costas.”¹

Spota, en su célebre *Tratado de locación de obra* refiere a *sistemas de ejecución* y *sistemas de contratamiento*. Respecto a los sistemas de ejecución explica que

1. Barra, Rodolfo Carlos, *Contrato de Obra Pública*, t. I, Buenos Aires, Ábaco, 1984, p. 264.

la obra puede ejecutarse mediante contrato y “*por economía* (sistema también denominado, si media mandato, ejecución *por administración*), es decir, por el propio dueño de la obra”.²

Druetta y Guglielminetti se refieren a *modalidades de ejecución* para hacer referencia al sujeto que ejecuta y a *sistemas de ejecución* para referirse a las distintas maneras de valorar y calcular el precio de la obra.

Cassagne por su parte, utiliza el término *modos de ejecución* para referirse al sujeto que ejecutará la obra pública y *sistemas de contratación* para referirse a las “modalidades del precio”³

Basados en esta breve aproximación al tema y en virtud de su precisión terminológica, seguiremos la calificación propuesta por Cassagne y utilizaremos el término *modos* o *modalidades de ejecución* para referirnos específicamente al modo en que una obra pública se ejecuta, sea por administración o por contrato y *sistemas de contratación* para referirnos a las distintas formas técnicas para valorar y calcular el precio de un contrato de obra pública.

En la práctica, cuando nos referimos a modos de ejecución, hacemos referencia al art. 3 de la Ley 13.064 y cuando nos referimos a sistemas de contratación, al art. 5 de la Ley 13.064.

II. LOS SISTEMAS DE CONTRATACIÓN EN LA LEY 13.064

II.I. Introducción

El art. 5 de la Ley 13.064 establece que *la contratación de obras públicas se hará sobre la base de uno de los siguientes sistemas:*

- a) *Por unidad de medida.*
- b) *Por ajuste alzado.*
- c) *Por coste y costas, en caso de urgencia justificada o de conveniencia comprobada.*

2. Spota, Alberto G., *Tratado de Locación de Obra*, t. I, 3° ed., Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 506.

3. Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 12° ed., Buenos Aires, La Ley, 2018, Título 10, Cap. II, Sección 3 (ebook).

d) *Por otros sistemas de excepción que se establezcan.*

Adviértase que la norma refiere a *la contratación de obras públicas*, lo que nos permite concluir que estos sistemas se aplican cuando haya *contrato de obra pública*, es decir, cuando el modo de ejecución sea por contrato.

Recordemos que en la modalidad de ejecución por administración, es el propio dueño de la obra quien la ejecuta, con lo cual no tendría sentido aplicar un sistema para determinar el precio final de la obra.⁴

II.II. Unidad de Medida

El sistema de *unidad de medida* es aquél en el que *los precios se fijan por cada unidad elemental de la obra*. En la práctica esto significa que el precio final del contrato de obra pública surgirá de la sumatoria de los precios de cada ítem o unidad elemental de la obra multiplicado por la cantidad de los mismos que finalmente se requieran.

Spota, con cita de Durrieu, define este sistema como aquél que estipula “que los distintos trabajos de que estará constituida la obra, serán llevados a cabo mediante el pago de precios asignados a cada unidad técnica de estructura o bien cantidad técnica unitaria de obra de mano”.⁵

Cassagne menciona que se trata de un sistema que encontrábamos en la ley 775, por el cual “el precio se determina para cada una de las unidades de la obra, para lo cual resulta necesario efectuar el cálculo métrico de las diferentes partes de la obra en medidas tanto de superficie como de volumen.”⁶

En el mismo sentido, Barra sostiene que en este sistema “se determinan precios por singularidades determinadas de la obra o por cada unidad elemental de la misma.”⁷

4. Vale la aclaración que precio y costo son dos variables diferentes. En las obras ejecutadas por administración, no tiene sentido calcular el precio (que implica el costo más una rentabilidad) pero la Administración ejecutante siempre deberá rendir cuentas por el costo y la adecuada inversión de esos fondos.

5. Spota, Alberto G., *Tratado de Locación de Obra*, t. I, 3° ed., Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 535.

6. Cassagne, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, op. cit., (ebook).

7. Barra, Rodolfo Carlos, *Contrato de obra pública*, t. III, Buenos Aires, Ábaco, 1988, p. 878.

Este sistema tiene dos variantes: a) la unidad de medida simple (también llamada precio unitario) y b) la unidad en el conjunto (también denominada unidad de medida).

En la *unidad de medida simple* o *precio unitario* se fijan los precios unitarios “sin que se llegue a determinar la cantidad de obra que se va a ejecutar”⁸ y en la *unidad en el conjunto* o *unidad de medida stricto sensu* se determinan conjuntamente “los precios y la cantidad de obra que se llevará a cabo respecto de cada uno de los ítems ofertados o bien, el número de unidades a ejecutar”⁹

Spota señala que la distinción entre las dos variantes mencionadas reside en que el contrato “designa la medida total o número de piezas, o no contenga esta designación.”¹⁰ Así, en la unidad de medida simple “sólo se fija el precio por unidad y se dejan indeterminadas las cantidades a ejecutar [...] Existe, entonces variabilidad del precio total y de las cantidades.”¹¹ En cambio, en la unidad de medida *stricto sensu* se determina el precio por cada unidad y las cantidades a ejecutar.¹²

De esta forma, “existe *unidad de medida* cuando hay designación de la cantidad a efectuar [...]. Cuando no existe determinación de medida, cantidad o pieza, se está ante la *unidad simple*.”¹³

En similar sentido, Barra explica que en la *unidad simple* “se fija un precio por unidades o piezas determinadas de la obra, sin que se convenga el número de unidades totales que deben ser ejecutadas”. En cambio, en la *unidad en el conjunto* “si bien se establece un precio por cada unidad elemental de la obra, lo contratantes se comprometen a la realización de una obra completa, susceptible de descomponerse en aquellas partes o unidades elementales previamente identificadas y valoradas. De esta manera, el precio total de la obra resultará de

8. Cassagne, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, op. cit., (ebook).

9. Cassagne, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, op. cit., (ebook).

10. Spota, *Tratado de Locación de Obra*, t. I, op. cit., p. 536.

11. Spota, *Tratado de Locación de Obra*, t. I, op. cit., p. 536.

12. Spota, *Tratado de Locación de Obra*, t. I, op. cit., p. 536.

13. Spota, *Tratado de Locación de Obra*, t. I, op. cit., t. I, p. 540.

la suma de los valores correspondientes a cada unidad, siempre en la cantidad efectiva de unidades que haya sido necesario ejecutar.”¹⁴

Como puede advertirse la diferencia entre ambas variantes radica en que en la *unidad simple o precio unitario* el precio final del contrato está indeterminado *ab initio*, ya que dependerá de las cantidades finales de cada ítem que se requiera y en la *unidad en el conjunto o unidad de medida* el precio total de la obra se conocerá *ab initio* pues las cantidades y unidades están determinadas desde el comienzo.

La doctrina ha señalado adecuadamente que el sistema de *unidad simple* puede ser aplicado al contrato de obra pública sólo excepcionalmente –en el caso de trabajos menores, reparaciones, etc.– pues lo habitual es que la Administración instrumente una contratación para obtener *una obra completa y apta para su destino final*.¹⁵

II.III. Ajuste alzado

En este sistema se pacta “un precio global previo e invariable para la realización integral de la obra.”¹⁶ Como sostiene Marienhoff, este *concepto* es sin perjuicio que: a) si la Administración comitente introduce modificaciones a la obra, ello debería traer aparejado una *correlativa variación del precio*; b) el precio puede sufrir alteración por aplicación de la teoría de la imprevisión y; c) el precio puede sufrir alteración por el acaecimiento de dificultades materiales imprevistas.¹⁷

Barra explica que el sistema de ajuste alzado “consiste en determinar un precio global para la realización de una obra total y definida en sus aspectos esenciales y característicos. De esta manera el empresario o constructor asume totalmente el riesgo de la variación de los costos de la obra –salvo lo que corresponda por la aplicación de la teoría de la imprevisión”.¹⁸

14. Barra, Rodolfo C., *Contrato de obra pública*, t. III, Buenos Aires, Ábaco, 1988, p. 879.

15. Barra, Rodolfo C., *Contrato de obra pública*, t. III, Buenos Aires, Ábaco, 1988, p. 879.

16. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-B, p. 553.

17. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-B, pp. 553/554.

18. Barra, Rodolfo C., *Contrato de obra pública*, t. III, Buenos Aires, Ábaco, 1988, p. 881.

Por su parte, Spota enseña que “[e]n la doctrina francesa suele estimarse que no media ajuste alzado (*marché à forfait ou à prix fait*) sino cuando el empresario se obliga a entregar la obra ejecutada conforme a un plano convenido, por un precio global e invariable fijado de antemano. Es ello lo que se expresa en la doctrina italiana, sin perjuicio de señalarse que la invariabilidad del precio impone la invariabilidad de la obra.”¹⁹

Este sistema tiene dos variantes: a) ajuste alzado absoluto y, b) ajuste alzado relativo.

En el ajuste alzado absoluto la obra se ejecuta “exactamente en las condiciones previstas «ab initio»” y por ello el precio se mantiene inalterable. En el ajuste alzado relativo, se fija un precio global previo pero “se establece o existe la posibilidad de un aumento o rebaja proporcional, según sea inferior o superior la cantidad de obra que se ejecute.”²⁰ De esta forma, “[c]uando hay invariabilidad de la obra y del precio”, el ajuste alzado es *absoluto*. En cambio, si se permite “la innovación en el precio y en la obra, el sistema de ajuste alzado es *relativo*.”²¹

El sistema de ajuste alzado reviste importancia doctrinal y práctica pues suele ser fuente de gran conflictividad en los contratos de obra pública. Por ello la doctrina sostiene que “este sistema es jurídicamente contradictorio con el régimen del contrato de obra pública, o régimen jurídico exorbitante de este contrato”.²²

Sobre este punto Fiorini –a quien Barra cita–explica lúcidamente que *ajuste alzado* “es una expresión de larga tradición en la contratación pública que ha sufrido varios impactos que han descalificado su concepto primitivo, pues significa el sistema de obra única realizada por un precio inmutable, inmodificable e irrectificable. La costumbre mantiene su denominación pero ya no responde a la verdad. El contrato actual de obras públicas sufre modificaciones en el objeto que relativiza el principio de su inmutabilidad y por ende lo sufre el precio establecido: La Administración pública puede alterar o ampliarlo hasta el límite que las leyes establecen y en el que también

19. Spota, *Tratado de Locación de Obra*, t. I, op. cit., p. 529.

20. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 4º ed. actualizada, reimpresión, t. III-B, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003, p. 554; ver también Spota, *Tratado de Locación de Obra*, t. I, op. cit., p. 531.

21. Spota, *Tratado de Locación de Obra*, t. I, op. cit., p. 533.

22. Barra, *Contrato de obra pública*, t. III, op. cit., p. 882 y Druetta, Ricardo Tomás / Guglielminetti, Ana Patricia, Ley 13.064 de *Obras Públicas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 2008, p. 48; entre otros.

inciden las modificaciones del precio establecido. La invariabilidad del objeto y del precio del sistema alzado no puede regir en épocas inflacionarias como las actuales, imponiéndose, en consecuencia, reglas y sistemas de variaciones continuas para algunos elementos del contrato [...]. Hay variabilidad en el precio y variabilidad en los rubros en forma continua y ya prevista en los contratos, todo esto descalifica el viejo sistema de la obra por sistema alzado absoluto; su vigencia adquiere en la actualidad carácter de imposible [...] La expresión de sistema alzado provoca más confusiones que esclarecimiento.”²³

Lo escrito por Fiorini hace casi medio siglo atrás todavía reviste absoluta vigencia. Como veremos más adelante, los entes y órganos administrativos han adquirido una práctica técnica y jurídica cuestionable, que se basa en licitar todo tipo de obra mediante ajuste alzado incluyendo cláusulas que obligan a mantener el precio invariable e inmutable aún si existe variabilidad de la propia obra. Esto se agrava en obras complejas o en obras que se licitan con meros anteproyectos o proyectos incompletos o erróneos.

Por ello mismo –y a pesar de la tendencia actual–, este sistema [s]e recomienda para trabajos simples, de una misma naturaleza y de poca importancia.”²⁴ Esta conclusión se ve justificada por el propio legislador, ya que en las aclaraciones parlamentarias al proyecto de la ley 13.064, se destacó que en el ajuste alzado “[s]e contrata toda la obra por una suma total. Resulta conveniente en aquellas obras generalmente pequeñas en que se descuenta no se producirán variaciones durante su construcción, por ejemplo: edificios tipo ‘standard’ para escuelas, viviendas, etc. En grandes obras, o en aquellas en que pueden producirse variantes durante su ejecución, no es conveniente este sistema”.²⁵

II.IV. Coste y costas

Se trata de un sistema “en el que el dueño o propietario de ésta paga el valor de los materiales y de la mano de obra utilizados por el cocontratante; además, éste percibe

23. Fiorini, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, pp. 624/625.

24. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-B, op. cit., p. 553.

25. Honorable Cámara de Diputados de la Nación, *Aclaraciones parlamentarias al proyecto de ley 13.064*, Reunión 42°, 24/09/1947, p. 864, citado por Druetta, Ricardo Tomás / Guglielminetti, Ana Patricia, *Ley 13.064 de Obras Públicas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 2008, p. 46.

un porcentaje determinado sobre el valor de los trabajos, lo cual concreta el *beneficio* que le corresponde por su labor.”²⁶

En este sistema, “la estimación de los trabajos se hace al final de la obra” según el precio vigente de los materiales y mano de obra al día en cuestión, más lo que corresponda por gastos indirectos. Desde ya, “nada obsta a que existan rendiciones de cuenta parciales de lo invertido” y pagos a cuenta o anticipos.²⁷

Debe tenerse presente que el *coste* “comprende los gastos *directos e indirectos* que ocasiona la ejecución de la obra” (gastos de construcción, materiales, mano de obra, alquiler de equipos, etc.) y las *costas* constituye “la utilidad o ganancia prevista y pactada” para el cocontratante. La suma de ambos rubros conforma el precio de la obra.²⁸

Los gastos directos son “aquellos que aumentan en proporción a la mayor cuantía de la obra”, como por ejemplo la mano de obra, los materiales, combustible, etc. Los gastos indirectos “son aquellos que permanecen invariados cualquiera que sea el monto o cuantía de la obra, o bien que aumentan pero no en relación directa a ese *quantum* de los trabajos”,²⁹ como por ejemplo, la electricidad e internet del obrador y de la oficina, papelería, la vigilancia, etc.

II.V. Otros sistemas de excepción que se establezcan

Como menciona la doctrina, los sistemas precedentes constituyen mayormente la regla. Se admiten combinaciones entre ellos,³⁰ “la contratación de la mano de obra y dirección de trabajos” o la combinación de los sistemas anteriores con el de obras por administración.³¹

26. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-B, op. cit., p. 554.

27. Spota, *Tratado de Locación de Obra*, t. I, op. cit., p. 542.

28. Spota, *Tratado de Locación de Obra*, t. I, op. cit., p. 546 y Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-B, op. cit., pp. 554-555.

29. Spota, *Tratado de Locación de Obra*, t. I, op. cit., p. 546/547.

30. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-B, op. cit., p. 555.

31. Druetta / Guglielminetti, *Ley 13.064 de Obras Públicas*, op. cit., p. 54.

III. LA PRÁCTICA ADMINISTRATIVA: LA TRAMPA DEL AJUSTE ALZADO

En la actualidad, los sistemas de unidad de medida y ajuste alzado son los más utilizados para los contratos de obra pública, siendo este último el utilizado mayormente.

Como mencionamos *supra*, los órganos y entes administrativos han incorporado una práctica de discutible razonabilidad técnica y jurídica que consiste en licitar obras por ajuste alzado e incorporar en los pliegos disposiciones que establecen que *al cotizar por ajuste alzado, el oferente se compromete a ejecutar la obra completa por la suma única y global que haya establecido en su propuesta, **aceptando que el monto del contrato no variará cualquiera sea la cantidad de provisiones, obras o trabajos realmente ejecutados para terminar totalmente la obra que se contrate y para que ésta funcione de acuerdo al fin para el que fue proyectada.***

También se incluyen cláusulas que establecen que *las cantidades del Presupuesto oficial o planilla de cotización en rubro, ítem o subítem globales con sus precios parciales, se efectuará con el exclusivo objeto de ordenar la certificación y pago de los trabajos a medida que se vayan realizando, así como también para efectuar el ajuste de precios **pero de ninguna manera se entenderá que el precio parcial asignado representa el precio de ese ítem o partida, ya que lo cotizado por el sistema de ajuste alzado sólo se considerará un precio global y único por toda la obra.***

Estas cláusulas suelen completarse con otra que establece que *se entenderá que el monto de contrato cotizado **por ajuste alzado incluye cualquier trabajo, material o servicio** que, sin tener ítem o partida expresa en la planilla de cotización, sea necesario e imprescindible ejecutar para que la obra quede totalmente terminada y funcione de acuerdo a su fin, con los rendimientos garantizados por el oferente.*

Los tres ejemplos que anteceden son cláusulas reales extraídas de pliegos reales. Este tipo de disposiciones se suelen utilizar para amparar la práctica administrativa de licitar obras con proyectos incompletos, con errores o meros anteproyectos³² que luego requieren modificaciones, adicionales, más materiales, más mano de

32. Para la definición legal de anteproyecto y proyecto, ver artículos 45 y 46 del Decreto-Ley 7887/55 (Ley de Aranceles de Honorarios para las profesiones de Agrimensura, Arquitectura e Ingeniería). Para un desarrollo del tema y las problemáticas que se originan a partir del anteproyecto, proyecto e ingeniería de detalle o proyecto ejecutivo, ampliar en Bonina, Nicolás, "Apuntes sobre el proyecto en la obra pública", La Ley, 2013-E, 819.

obra o más cantidades de los ítems y no reconocer la diferencia al contratista. Se diseñan así bases de contratación para obras públicas que trasladan todos los riesgos de ejecución al contratista. Si bien *prima facie* puede parecer beneficioso para el funcionario, veremos que al final de cuentas termina siendo perjudicial para la Administración y para el interés público.

Como señalamos, este tipo de cláusulas son de dudosa razonabilidad técnica y jurídica puesto que desconocen la diferencia entre ajuste alzado absoluto y ajuste alzado relativo que mencionamos *supra*. La invariabilidad total del precio sólo procede válidamente si existe invariabilidad total de la obra.

Por ejemplo, si estamos ante una obra civil para construir un edificio y el proyecto establece que las fundaciones se realizarán con platea, el oferente tiene la responsabilidad y asume el riesgo de hacer correctamente los cálculos de hormigón que necesitará para cubrir las fundaciones por platea. Si el proyecto era erróneo y finalmente las fundaciones deben realizarse con micropilotes y el contratista lo notificó oportunamente,³³ la variación de ítems y precios resultante de este cambio debe ser asumida por la Administración, sin importar que la obra haya sido adjudicada mediante el sistema de ajuste alzado, pues en este caso la Administración comitente no puede ampararse en este tipo de cláusulas, por dos razones: a) porque ella es la responsable por los estudios previos, el anteproyecto y el proyecto³⁴ y; b) porque la invariabilidad de precio sólo procede mientras exista invariabilidad de obra.

Si se establece por pliego una cantidad determinada de metros cúbicos de movimiento de suelo (extracción y relleno) en base a un estudio de agrimensura que determina cotas actuales y una cota determinada a alcanzar y luego resulta

33. Sobre la responsabilidad y la transferencia del riesgo correspondiente al proyecto de obra, cuándo notificar errores en el mismo y otros temas, ampliar en Bonina, Nicolás, “Apuntes sobre el proyecto en la obra pública”, La Ley, 2013-E, 819. Ver también del mismo autor, “Sobre la administración del contrato de obra pública”, La Ley, 2008-D, 1105 y; “Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra pública”, La Ley, Sup. Adm., Mayo 2019, N°3, p. 6. Para la teoría general de los riesgos en la contratación pública, ver Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. III-A, 2003, §761 y ss., p. 469 y ss.; Barra, Rodolfo Carlos, Contrato de obra pública, t. 3, Buenos Aires, Ábaco, 1988, Caps. XX y XXI; Granillo Ocampo, Raúl Enrique, Distribución de los riesgos en la contratación administrativa, Buenos Aires, Astrea, 1990; Crivelli, Julio César, Inversión privada en el sector público, Buenos Aires, Astrea, 2017, p. Caps. VII y VIII; entre otros.

34. 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 de la seriedad del proyecto de la administración pública y sobre un sencillo y razonable examen del terreno” (Diez, Manuel María, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, Plus Ultra, 1979, p. 245).

que las cotas reales son menores a las del estudio que sirvió de base, resultando de ello que el contratista deba incrementar la cantidad de metros cúbicos de movimiento de suelo, la Administración debería abonar la diferencia.

En síntesis, que el ajuste alzado signifique un precio global con todo lo necesario para finalizar la obra de acuerdo a su fin, no significa que el contratista deba construir un edificio de diez pisos cuando el proyecto establecía que el edificio debía tener sólo cuatro pisos.

Por muy exagerado que suene, los ejemplos mencionados son extraídos de casos reales. Aunque en la teoría este tema puede parecer menor, en la práctica constituye uno de los puntos de mayor conflictividad y transferencia de riesgos en el contrato de obra pública. Por ello consideramos menester enfatizar algunas cuestiones conceptuales.

El precio del contrato de obra pública en el sistema de ajuste alzado sólo puede ser invariable y fijo si la obra y los trabajos a realizar permanecen fijos e invariables también. Sobre este punto, debemos insistir en que “el ajuste alzado absoluto exige, no sólo que resulte invariable el precio, sino también la obra, de manera que no podrá haber adicionales ni trabajos innovatorios” y si los hubiere, debe reajustarse el precio en tal sentido.³⁵

Para decirlo más claramente, “la invariabilidad del precio impone la invariabilidad de la obra”³⁶ o dicho de otro modo, para que el ajuste alzado absoluto sea válido, se exige como condición sine qua non que *exista una invariabilidad de obra que se corresponda con la invariabilidad de precio.*

La lógica detrás de este requisito es innegable: si hubiese variación, modificación o adicionales de obra y se mantuviera la invariabilidad del precio, en definitiva **habría un enriquecimiento sin causa por parte de la Administración comitente.**

35. Spota, *Tratado de Locación de Obra*, t. I, op. cit., p. 534.

36. Spota, *Tratado de Locación de Obra*, t. I, op. cit., p. 529; y Druetta / Guglielminetti, *Ley 13.064 de Obras Públicas*, op. cit., p. 46; entre otros.

Por ello, procederemos a clarificar cuándo debería proceder este sistema:

El ajuste alzado debería utilizarse sólo para *obras simples, de una misma naturaleza y de poca importancia*, tal como sostenían Marienhoff y el propio legislador.³⁷ Todo lo contrario a como se utiliza hoy en día el ajuste alzado.

El ajuste alzado sólo debería utilizarse cuando existe un proyecto completo y bien realizado. La ausencia de un proyecto completo y definitivo es causal suficiente para impedir la contratación de la obra por el sistema de ajuste alzado.³⁸ 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.³⁹ 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.⁴⁰ Esta exigencia se fundamenta en que los anteproyectos o los proyectos que no están completos o presentan errores van a sufrir modificaciones que implicarán cambios en la cantidad de los ítems, cambios de ítems, modificación del proyecto o adicionales que impactarán y modificarán el precio del contrato.

El ajuste alzado no debería utilizarse en obras de restauración y puesta en valor, ya que en tales tipos de obras es muy difícil determinar previamente con precisión los problemas y vicios ocultos con los que se encontrará el contratista al ejecutar. Generalmente, en este tipo de obras abundan las dificultades materiales imprevistas que impactan y alteran el precio del contrato.

El ajuste alzado no debería utilizarse en obras que incluyan fundaciones, movimiento de suelo, túneles, etc., salvo que existan estudios de suelo y de agrimensura que estén completos, debidamente realizados con precisión y

37. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-B, op. cit., p. 553 y Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Aclaraciones parlamentarias al proyecto de ley 13.064, Reunión 42°, 24/09/1947, p. 864, citado por Druetta, Ricardo Tomás / Guglielminetti, Ana Patricia, *Ley 13.064 de Obras Públicas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 2008, p. 46.

38. 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.

39. Podetti, Humberto, *Contrato de Construcción*, Buenos Aires, 2004, p. 200, § 72 y § 73.

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

actuales. Cualquier diferencia en el tipo de suelo, en las fundaciones, en la agrimensura, etc. tiene un impacto importante en los costos del contrato de obra pública.

Para finalizar este punto, digamos junto con la doctrina predominante que “salvo en los casos de excepción –trabajos simples, de una misma naturaleza, monto menor y plazo de ejecución exiguo–,” el sistema de ajuste alzado “no se adapta en su aplicación a las modulaciones propias del contrato de obra pública”.⁴¹ Así lo ha sostenido la Cámara Contencioso Administrativo Federal, al afirmar que el sistema de ajuste alzado “llevado a la obra pública, sin más, es idóneo para pequeñas obras cuyos plazos de construcción sean muy breves, pero completamente inadecuado para afrontar tareas mayores en donde no es posible adecuar el precio en función de largos plazos de ejecución y compatibilizarlos con los derechos de las partes, entre otros, el mantenimiento de la ecuación económica financiera del negocio. De ahí que para amoldar al derecho público este sistema previsto para regular en principio casos regidos por el derecho privado, haya surgido el ajuste alzado relativo”.⁴²

IV. PALABRAS FINALES

La práctica de licitar cualquier tipo de obra bajo el sistema de ajuste alzado absoluto pero con variabilidad de obra y sin reconocer el cambio de precio es una de las fuentes de mayor conflictividad en todo contrato de obra pública. Como señalamos anteriormente, si bien desde la perspectiva del funcionario público esta práctica puede parecer exitosa, en la práctica termina siendo una pésima elección para la Administración Pública como para el interés público perseguido, ya que genera un juego de suma cero.

La inclusión de cláusulas de ajuste alzado absoluto con variación de obra implica un diseño contractual que privilegia la transferencia de riesgos de ejecución al contratista. Para hacer frente a tal riesgo, lo más probable es que los oferentes coticen con un margen de rentabilidad altísimo encareciendo la obra o hagan una

41. Druetta / Guglielminetti, Ley 13.064 de Obras Públicas, op. cit., p. 48.

42. CNCont. Adm. Fed., Sala IV, *Financobi SAC v. Estado Nacional (Ministerio de Bienestar Social) s/ Cobro de pesos*, (28/06/1990); citado por Druetta / Guglielminetti, Ley 13.064 de Obras Públicas, op. cit., p. 48.

oferta poco seria que luego no podrán cumplir. Este diseño contractual también motiva la cartelización de los oferentes.

Como explica Crivelli, existen dos modelos para diseñar un contrato: “el que privilegia la transferencia de los riesgos y el que privilegia la eficiencia.”⁴³ En el modelo que privilegia la transferencia de riesgos el comitente traslada la mayor cantidad de riesgo al contratista y en el modelo que privilegia la eficiencia el comitente asume y conserva todo el riesgo que puede a fin que el contratista pueda finalizar la obra a un precio y con costos financieros accesibles. Coincidimos con este autor en que el modelo que privilegia la transferencia de riesgos [n]o es un modelo que pueda copiar la Argentina. Nuestro costo financiero es muy alto, pues carga con costos por riesgo de cambio, riesgo país y riesgo político, que no permiten aumentar todavía más el costo financiero con transferencias exageradas de riesgos.” De allí que debieran seguirse modelos orientados “a la factibilidad de las infraestructuras y al servicio más eficiente posible.”⁴⁴

Por todo ello, reiteramos nuestro énfasis en: a) licitar por ajuste alzado sólo aquellas obras que técnicamente así lo exijan; b) la seriedad y actualidad de los estudios previos y del proyecto; c) licitar obras con proyecto completo; d) la profesionalidad y capacitación de los equipos a cargo de los estudios previos y del proyecto y; e) siempre que se licite una obra pública por ajuste alzado se utilice la variante de ajuste alzado relativo.

43. Crivelli, Julio César, *Inversión privada en el sector público*, Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 441.

44. Crivelli, Julio César, *Inversión privada en el sector público*, Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 441.