

Breves reflexiones sobre el contrato de obra pública. Diferencias entre las modificaciones de obra y la obra nueva, accesoria o complementaria*.

Miguel A. Lico

SUMARIO: I. El contrato de obra pública. Concepto y sus principios rectores. II. Las modificaciones de obra. Su fundamento normativo y legal. Limitaciones y requisitos sustanciales de procedencia. III. Las obras nuevas, accesorias o complementarias. Sus principios rectores y requisitos de procedencia. IV. Diferencias entre las modificaciones de obra y la obra nueva o complementaria. Sus similitudes, principios rectores y rasgos distintivos. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

I. El contrato de obra pública. Concepto y sus principios rectores.

La Ley Nacional de Obras Públicas define a la obra pública como toda construcción, trabajo o servicio de industria que se ejecute con fondos del Tesoro de la Nación¹. Es decir, toda construcción integral y reparación realizada, sea por la Administración, sea por los

* El presente trabajo se corresponde en esencia con el que fuera presentado para optar por el título de Máster en “Derecho de la Contratación Pública” de la Universidad de Castilla – La Mancha, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca.

¹ Al respecto, la Ley Nacional de Obras Públicas determina: “Artículo 1º. Considérase obra pública nacional toda construcción o trabajo o servicio de industria que se ejecute con fondos del Tesoro de la Nación, a excepción de los efectuados con subsidios, que se regirán por ley especial, y las construcciones militares, que se regirán por la Ley Nº 12.737 y su reglamentación, y supletoriamente por las disposiciones de la presente.

Como puede apreciarse, dos son los elementos que, en la ley, definen el concepto de obra pública: i) la realización de una construcción o desarrollo de un trabajo o servicio de industria, y ii) que las acciones descriptas se ejecuten con fondos del Tesoro de la Nación.

1. Construcción, trabajo o servicio de industria:

Con la finalidad de precisar el significado y alcance de las expresiones ‘construcción’, ‘trabajo’ o ‘servicio de industria’ y delinear el concepto de obra pública, el Decreto Nº 19.324/1949, en su Artículo 1º, enumera los emprendimientos comprendidos en tales conceptos: 1. Construcciones: obras viales, portuenses, diques, edificios, construcciones especiales para obras y servicios públicos, líneas telefónicas y telegráficas, aeródromos, monumentos, perforaciones, replanteos, plantaciones, etc., y todo trabajo principal o suplementario inherente a la materia. 2. Trabajos: obras de ampliación, reparación y/o conservación de bienes inmuebles y

particulares, sobre cosas muebles o inmuebles, directa o indirectamente afectadas al uso público². Así, puede decirse que el contrato de obra pública es aquel que el Estado celebra para la ejecución de una obra pública, retribuyendo al cocontratante o contratista mediante el pago de un precio³.

De modo similar, se ha destacado que el contrato de obra pública es el contrato administrativo que celebra la Administración pública para la realización de una obra pública, mediante el pago de un precio al contratante particular⁴. Señalando a su vez que obra pública es todo bien, mueble, inmueble u objeto inmaterial, que es el resultado de un trabajo público, realizado por cuenta de una persona pública, con el propósito de obtener, en forma directa e inmediata, el logro o la satisfacción de un interés público o común⁵.

Por su parte, enseña el doctor Manuel M. Diez que el contrato de obra pública puede definirse diciendo que es aquel por medio del cual una persona, sea física o jurídica, en general una empresa, se encarga, con relación al Estado, de construir, demoler o conservar una obra pública en las condiciones que fueran establecidas y mediante un precio que debe abonar el dueño de la obra, vale decir, el Estado⁶. A lo que luego agrega que, sin

dragado, balizamiento y relevamiento, etc. 3. Servicios de industria: organización e instalación de servicios industriales (por ejemplo, talleres, fábricas, usinas, etc.).

La reglamentación del Artículo 1º de la Ley de Obras Públicas reafirma una concepción amplia y abarcativa de la mayor cantidad de supuestos correlacionados con los vocablos ‘construcción’, ‘trabajo’ o ‘servicio de industria’, mediante una enumeración no taxativa.

2. Fondos del Tesoro de la Nación:

La doctrina, en términos generales, tiene una visión crítica respecto del concepto de ‘fondos del Tesoro de la Nación’, como elemento definitorio de la obra pública. Así, se ha sostenido que ‘ésta no es definición propia de la obra pública en el concepto del derecho administrativo, sino del fiscal o financiero, que no es el que debe regir la institución’. Sin embargo, el sentido que cabe darle a la expresión ‘fondos del Tesoro de la Nación’, más que una consideración de tipo fiscalista, supone la actuación del comitente –pertenezca éste a la Administración nacional centralizada o descentralizada u otros entes ajenos a ella–, actuando por cuenta y orden del Estado Nacional. En definitiva, si el Estado, actuando por sí o por delegación, realiza inversión en construcciones, trabajos o servicios de industria que se costean con cargo a las rentas de la Nación, estamos dentro del concepto de ‘obra pública’, ello de conformidad con la definición acuñada por la Ley de Obras Públicas” (Druetta, Ricardo Tomás y Guglielminetti, Ana Patricia, *Ley N° 13.064 de Obras Públicas – Comentada y anotada*, Buenos Aires, Editorial AbeledoPerrot, 2008, pp. 3-5).

² Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, T. II, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1955, p. 349.

³ Sarmiento García, Jorge H., “Sobre el contrato de obra pública en la legislación de Mendoza”, en Nicolás Catena S.A., *Mundo Jurídico – Doctrina*, p. 73

⁴ Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, T. II, Parte especial, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1977, p. 180.

⁵ *Ibidem*, pp. 203-208.

En tal sentido, no debe olvidarse: “La locación de obra es un contrato por el cual una de las partes se obliga a hacer alguna cosa (o a alcanzar un resultado material o inmaterial) para la otra, todo mediante un precio en dinero. Es aquel por el cual una persona denominada ‘empresario’ se obliga a confeccionar una obra para otro, denominado ‘dueño de la obra’ mediante un precio. Por ende, es esa obligación de ‘resultado’ y no de medios, lo que constituye el ‘alma’, por así decir, del contrato de obra” (Spota, Alberto A., *Tratado de locación de obra*, T. I, Buenos Aires, Ediciones Arayu – Librería Editora Depalma S.A.C. e I., 1952, pp. 3-14).

⁶ Diez, Manuel María, *Derecho administrativo*, T. III, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Omeba, 1967, p. 27.

embargo, en ocasiones muy particulares, por medio de un contrato de obra pública no se realiza una obra pública; así, en el caso en que se contrata la preparación de proyectos, planos y presupuesto para la construcción posterior de una obra pública. La confección del proyecto, plano y presupuesto de la obra daría lugar a un contrato de obra pública, aunque el objeto del contrato no sería propiamente una obra pública⁷.

En igual sentido pero complementariamente se ha dicho que el contrato de obra pública es el acuerdo de voluntades que es el resultado corporal de un proceso de fabricación, instalación, montaje, construcción o elaboración física o intelectual, solventado directa o indirectamente con fondos públicos o afectados a la disposición de un ente público, destinado a servir directa o indirectamente a un cometido público, y cuya ejecución es de competencia de un ente público⁸.

De esta manera, podemos decir que el contrato de obra pública es el acuerdo común de voluntades destinado a producir efectos jurídicos, celebrado entre la Administración nacional, provincial o municipal, y otra persona o entidad privada, para la construcción, reparación, conservación o mantenimiento mediante un precio en dinero, de una obra mueble o inmueble de utilidad común⁹.

En concreto, dicho contrato puede realizarse por medio de las siguientes prestaciones: 1) Preparación de obras: a) Demoliciones de inmuebles y movimientos de tierras, b) Perforaciones y sondeos; 2) Construcción general de inmuebles y obras de ingeniería civil: a) Construcción general de edificios y obras singulares de ingeniería civil (puentes, túneles, etc.), b) Construcción de cubiertas y estructuras de cerramiento, c) Construcción de autopistas, carreteras, campos de aterrizaje, vías férreas y centros deportivos, d) Obras hidráulicas, e) Otras construcciones especializadas; 3) Instalación de edificios y obras: a) Instalación eléctrica, b) Aislamiento térmico, acústico y antivibratorio, c) Fontanería, d) Obras de instalaciones de edificios y obras; 4) Acabados de edificios y obras: a) Revocamiento, b) Instalaciones de carpintería, c) Revestimiento de suelos y paredes, d) Pintura y acristalamiento, e) Otros acabados de edificios y obras, f) Alquiler de equipo de construcción o demolición con operario¹⁰; o 5) Cualquier otra construcción, reparación, conservación o mantenimiento, mediante un precio en dinero, de una obra mueble o inmueble de utilidad común¹¹.

En este contexto, vale la pena agregar que la doctrina proclama el carácter extensivo, atractivo o comprensivo del concepto del contrato de obra pública, que se manifiesta en su condición abarcativa de los contratos accesorios (como por ejemplo el transporte de materiales para la obra), o en convenciones complejas (como la combinación de un con-

⁷ Ídem.

⁸ Barra, Rodolfo Carlos, *Contrato de obra pública. Parte general. Consorcios. Concesión de obra pública*, T. I, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1984, p. 67.

⁹ Mó, Fernando F., *Régimen legal de las obras públicas – Doctrina, legislación y jurisprudencia*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1966, p. 24.

¹⁰ Catalá Martí, José Vicente (coordinador), *La contratación de las Administraciones públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Madrid, Editorial Thomson-Civitas, 2008, pp. 574-575.

¹¹ Mó, Fernando F., *op. cit.*, p. 24.

trato de obra pública con uno de suministros). Quiere decir que el régimen o la disciplina del contrato de obra pública van a abarcar a estas otras manifestaciones contractuales teórica y conceptualmente separables, pero que resultan alcanzadas por ese “fuero de atracción” que el contrato de obra pública produce sobre ellas¹².

A su vez, es importante recordar que el contrato de obras pública es un “contrato de resultado”, en el sentido de que la obra ha de ser ejecutada y entregada en su totalidad, es decir, totalmente terminado conforme al proyecto aprobado y vigente, lo que lleva consigo la indivisibilidad jurídica del contrato y de la obra que tiene por objeto; y hasta que ello no lo cumpla el contratista, no se entenderá cumplido el contrato y, por lo tanto, la Administración no podrá recepcionar la obra ni proceder a su pago, ya que, en la contratación administrativa de las obras públicas, la obligación no se entiende cumplida, desde el punto de vista jurídico, sucesivamente, sino que pervive en toda su integridad hasta el momento de la ejecución total y de la conformidad prestada por la Administración, mediante el trámite de la recepción, a la entrega de la obra por el contratista. Ahora bien, a los efectos del pago del precio por parte de la Administración, es factible el pago fraccionado siempre que se produzcan resultados parciales (obra realmente ejecutada y no cuestionada), pues ello, desde el punto de vista jurídico, no afecta al “principio de indivisibilidad de la obra” como prestación contractual¹³.

Por ende, se trata pues de un “contrato bilateral”, en el que una de las partes es el dueño de la obra (la Administración contratante), que será quien encargue el trabajo, y el contratista, que es quien se compromete a ejecutarla, a llevarla a buen término, por un precio cierto. La ley recalca la exigencia del precio cierto como uno de los requisitos “sine qua non”, para posibilitar la celebración de contratos en las Administraciones públicas. Ahora bien, no hay que olvidar que “precio cierto” no es lo mismo que “precio fijo”, ya que el precio de adjudicación, como es sabido, puede estar sujeto tanto a revisión de precios como a posibles modificaciones contractuales¹⁴.

¹² Delpiazzo, Carlos E., *Contratación administrativa*, Montevideo, Ediciones Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, 1999, p. 273.

Asimismo: “El carácter extensivo de la noción de contrato de obra pública se manifiesta en el caso de convenciones complejas que comprendan un elemento de obra pública al lado de otros elementos. La presencia del elemento obra pública basta generalmente para hacer de la convención un contrato de obra pública. Ocurre así en el caso de la combinación de un contrato de obra pública y un contrato de suministros, como a la vez en la combinación de un contrato de trabajos públicos con uno de locación. Es necesario considerar en estos supuestos la fuerza de atracción de la noción de obra pública, para dar carácter de contrato de obra pública a todos los que se refieren a la misma. La preponderancia del elemento de obra pública en las combinaciones complejas tiene límites. No juega cuando este elemento aparece como secundario o subsidiario” (Diez, Manuel María, T. III, *op. cit.*, p. 35).

¹³ Menéndez Gómez, Emilio, *Contrato del sector público: contrato de obras públicas*, Madrid, Editorial Thomson Aranzadi, 2008, p. 66.

¹⁴ *Ibidem*, p. 67.

Por eso se ha dicho: “El contrato de obra pública participa del carácter formal de todos los del sector público y, a la vez de típico, es sinalagmático o bilateral y conmutativo, al existir dos partes que llevan a cabo recíprocas prestaciones. También es siempre oneroso y al tratarse de un contrato de resultado, el contratista asume, con algunas excepciones, el riesgo y ventura de su ejecución” (*La contratación de las Administraciones públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, *op. cit.*, pp. 573-574).

II. Las modificaciones de obra. Su fundamento normativo y legal. Limitaciones y requisitos sustanciales de procedencia¹⁵.

Como bien se ha señalado, en el campo del derecho privado los contratos son “la ley para las partes” (Art. 1197 del Código Civil), y no pueden ser modificados o alterados sino por el libre consentimiento de los contratantes. Es el principio fundamental del contrato civil “lex inter partes”. En cambio, en el campo del derecho administrativo, las modificaciones de los contratos tienen un campo mayor de acción, porque la ejecución de los contratos administrativos está dominada por un dinamismo ignorado en los civiles. De allí que el principio de la inmutabilidad que reina en el campo del derecho privado se transforme en el de la mutabilidad de los contratos administrativos¹⁶.

Por ende, en virtud de esta facultad, la Administración puede siempre por razones de interés público y con los límites y los requisitos que establece la ley, modificar el con-

¹⁵ Al respecto, la Ley Nacional de Obras Públicas determina: “Artículo 30. Las alteraciones del proyecto que produzcan aumentos o reducciones de costos o trabajos contratados serán obligatorias para el contratista, abonándose, en el primer caso, el importe del aumento, sin que tenga derecho en el segundo a reclamar ninguna indemnización por los beneficios que hubiera dejado de percibir por la parte reducida, suprimida o modificada. Si el contratista justificase haber acopiado o contratado materiales o equipos para las obras reducidas o suprimidas, se hará un justiprecio del perjuicio que haya sufrido por dicha causa, el que le será certificado y abonado.

La obligación por parte del contratista, de aceptar las modificaciones a que se refiere el presente artículo, queda limitada de acuerdo con lo que establece el Artículo 53”.

“Artículo 53, inciso a). El contratista tendrá derecho a rescindir el contrato, entre otros en los siguientes casos: a) Cuando las modificaciones mencionadas en el Artículo 30 o los errores a que se refiere el Artículo 37 alteren el valor total de las obras contratadas en un 20 % en más o en menos”.

Como bien se ha dicho: “Los motivos que justifican esa potestad son de diversa índole pero todos ellos vinculados con la idea finalista del interés público. El propio Villar Palasí hace una detallada enumeración de esos motivos, destacando los siguientes: las exigencias potencialmente cambiantes del interés general; la complejidad de ciertos contratos (sobre todo los de obras) que hacen difícil determinar con precisión y ‘a priori’ la concreta prestación o que generan con frecuencia errores iniciales de apreciación; la larga duración de muchos contratos que propicia cambios sobrevenidos de circunstancias que inciden en el contenido de las obligaciones; la necesidad de atender a la rápida prestación real de que se trate (que se vería frustrada si hubiera que acudir absolutamente siempre a nuevas licitaciones). Podría añadirse también la incidencia de los cambios políticos y la con frecuencia subsiguiente modificación de las prioridades de gobierno; la diferencia de criterios entre los redactores del proyecto y los que tienen que ejecutarlo; algunas prácticas ciertamente viciosas consistentes en ofertar precios bajos, obtener la adjudicación y solicitar luego la modificación con la presión añadida de la urgencia en la ejecución del proyecto y las dificultades de una nueva adjudicación. La propia configuración del contratista, que se ha ido consolidando en la evolución doctrinal no ya como un contrario sino como un colaborador de la Administración, incide también en la medida en que de ello se deriva a veces cierta flexibilización de la relación contractual y vincula el interés puramente privado al, ciertamente prevalente, interés general” (Rebollo, Luis Martín, “Modificación de los contratos”, en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Rafael Gómez-Ferrer Morant (director), Madrid, Editorial Thomson-Civitas, 2004, p. 576).

¹⁶ Díez, Manuel María, T. II, *op. cit.*, pp. 523-524.

tenido obligacional de los contratos ya perfeccionados¹⁷, obligando al contratista a pasar por las nuevas estipulaciones impuestas de modo unilateral y sin darle la posibilidad de resolver el contrato, o de cumplirlo con la mera realización de las prestaciones inicialmente asumidas. Esto supone la quiebra de los principios “pacta sunt servanda y contractus lex inter partes”, tan elementales como se dijo en el derecho privado¹⁸.

Como resulta obvio, el fundamento del poder de la Administración pública para modificar los contratos administrativos no es otro que el atender o satisfacer en la mejor forma posible las pertinentes necesidades públicas. Se dijo con acierto que la Administración no puede quedar indefectiblemente ligada por contratos que se han convertido en inútiles, o por estipulaciones contractuales que actualmente resultan inadecuadas para satisfacer

¹⁷ En cuanto a este aspecto en particular, no olvidemos: “El primer presupuesto o condición para que la Administración pueda ejercer la potestad de modificar un contrato administrativo consiste, justamente, en que haya contrato. El ‘ius variandi’ presupone un contrato. De ahí que no pueda decirse que existe la potestad cuando ‘aún no hay’ contrato o cuando ‘ya no hay’ contrato. Esto es, antes del perfeccionamiento o cuando ya se ha extinguido por su cumplimiento o resolución” (Rebollo, Luis Martín, *op. cit.*, p. 589).

¹⁸ *La contratación de las Administraciones públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, *op. cit.*, p. 456.

Reiteremos: “Es noción fundamental de los efectos de los contratos en el derecho privado el dispositivo contenido en el Artículo 1159 del Código Civil: ‘Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la ley’. Esta fórmula entraña principalmente tres características del contrato en el derecho privado: en primer lugar, el carácter obligatorio del contrato, que impide a las partes desligarse de sus obligaciones contractuales; en segundo lugar, la inmutabilidad del contrato, que por su ‘fuerza de ley entre las partes’ no puede modificarse sino por mutuo consentimiento; y finalmente, la irrevocabilidad unilateral del contrato, salvo por las causas que permita expresamente la ley.

De acuerdo a lo anteriormente señalado, puede decirse que en el derecho privado es absoluto el axioma de la inmutabilidad de las convenciones.

Por tanto, y de acuerdo a ello, lo que el *mutuus consensus* ha formado, sólo el *mutuus disensus* puede variar o alterar: ninguno de los contratantes puede unilateralmente modificar el contrato sin el concurso y el acuerdo del otro.

Ahora bien, indudablemente que, como todo contrato, el contrato administrativo tiene fuerza obligatoria entre las partes, pues de lo contrario no se estaría en presencia de un negocio jurídico contractual. Sin embargo, en los contratos administrativos, la Administración no está ligada de una manera tan absoluta como lo están los particulares en los contratos civiles, pues ella dispone, al menos en ciertas formas y en ciertas condiciones, ‘si no la facultad de modificar las disposiciones del contrato de una manera general, absoluta y discrecional, al menos de un poder de intervención unilateral’.

Es decir, en los contratos administrativos el principio no es tan rígido como lo es en el derecho civil, pues en ciertos casos, y mediando indemnización, la Administración puede desligarse de sus obligaciones contractuales y rescindir unilateralmente el contrato sin que haya falta alguna de parte del contratante, así como modificar unilateralmente las condiciones de ejecución del mismo. Sin embargo, la existencia de ese poder de la Administración no significa que el contrato administrativo no obligue a la Administración, y no tenga fuerza obligatoria sino para el particular cocontratante; al contrario, implica que el principio fundamental en el derecho privado de la inmutabilidad contractual no se aplica a los contratos administrativos con las mismas consecuencias generales y absolutas” [Brewer Carías, Allan R., “La facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos. (Con especial referencia a los contratos de obras públicas en el derecho venezolano)”, *Revista de Derecho Español y Americano*, Madrid, 1968, Año XIII, enero-marzo, pp. 101-102].

las necesidades originalmente tenidas en cuenta. Del mismo modo, la Administración pública debe poder alterar los contratos administrativos cuando, aun sin tratarse de contratos convertidos en inútiles o de estipulaciones que hoy resulten inadecuadas para satisfacer las respectivas necesidades, convenga modificarlos o alterarlos para que, “desde un principio”, se adapten más convenientemente a la satisfacción del interés público¹⁹.

En efecto, bien se ha dicho que el presupuesto esencial de toda modificación se encuentra en la existencia de un interés público, pues ante todo, el interés público exige que los contratos se ejecuten de la forma más acorde con él²⁰. En ese marco, la Administración no es libre de modificar un contrato o no, como quiera o mejor entienda; por el contrario, se encuentra obligada a ello si el interés público demanda que el contrato se modifique, ya que su actuación siempre se rige sobre la base de dicho interés²¹.

Lo cierto es que la figura tiene su indudable utilidad e introduce cierta necesaria flexibilidad en los rigores de la legislación sobre contratos administrativos, pero es necesario señalar que de todas las prerrogativas que se regulan, la relativa a la que nos estamos refiriendo es, sin dudas, la que mayores riesgos de discrecionalidad conlleva si no se ejerce correctamente. Pensemos en la posibilidad de que mediante la aplicación de una modificación contractual se aumente el precio inicial del contrato, que puede tener una elevada cuantía, o se cambie su objeto, o simplemente no se apliquen los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y transparencia que deben presidir todas las contrataciones públicas.

Este riesgo ya ha sido puesto de manifiesto por todas las instancias competentes, que no han dejado de señalar el carácter restrictivo de la potestad de modificación, destacando que los abusos que en esta concreta materia se han cometido han llevado a llamar la atención de la Administración en muchas ocasiones. En tal sentido, se ha advertido que en la práctica las modificaciones de los contratos pueden implicar auténticos contratos

¹⁹ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, T. III-A, Buenos Aires, Editorial AbeledoPerrot, 1994, p. 397.

Así: “El fundamento de esta facultad de modificación unilateral radica en las exigencias del interés general de la comunidad, que son variables, por lo cual, en el curso de la ejecución de un contrato puede surgir la necesidad de introducir variaciones en las obligaciones contraídas por el cocontratante en el acto de conclusión del contrato.

Si se admitiese la intangibilidad del contrato, ello sería perjudicial a los intereses colectivos, pues fácilmente se comprenden los perjuicios que habría si la Administración necesitare de acuerdos previos con el contratista para introducir modificaciones en contratos que por su naturaleza y finalidad deben estar en todo momento sometidos a rectificaciones y mejoras que el mismo interés público aconseja, así sea en los planos como en los trabajos o en los medios de ejecución” (Brewer Carías, Allan R., *op. cit.*, p. 103).

²⁰ Rollón Muñoz, Julián, *Comentarios a la legislación de contratos de las Administraciones públicas*, T. II, Emilio Jiménez Aparicio (Coordinador), Madrid, Editorial Thomson-Aranzadi, 2009, p. 908.

²¹ Ariño Sánchez, Rafael, “Modificaciones de los contratos”, en Gaspar Ariño Ortiz y Asociados, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, T. II - “La gestación del contrato”, Granada, 2003, pp. 808-809.

nuevos, habiendo insistido en la necesidad de extremar el rigor en la fase preparatoria del contrato, de forma que sólo muy excepcionalmente haya que recurrir a su ulterior reajuste o modificación²².

Dejando de lado lo antes expuesto, es importante recordar que la modificación que la Administración pública le imponga a un contrato administrativo, tanto puede consistir en un aumento como en una disminución de la respectiva prestación. Diversas disposiciones legales así lo establecen. Dichas modificaciones pueden incidir sobre diversos aspectos del contrato: a) sobre la “duración” del mismo (por ejemplo, en una concesión de servicio público haciendo uso del “rescate”); b) sobre el volumen o cantidad de la prestación (así, ante la expansión de una ciudad, el concesionario de una línea de transporte puede ser obligado a extender dicha línea a un radio mayor del previsto en la concesión); o c) sobre las “condiciones de ejecución del contrato” (por ejemplo, sustituyendo una técnica por otra nueva, como ocurrió con los concesionarios de alumbrado a gas que, después de haberse comenzado a utilizar la electricidad en la industria, fueron constreñidos a adoptarla en reemplazo de aquel primitivo alumbrado a base de gas)²³.

A lo que se ha agregado: “Indudablemente, ese poder de la Administración no puede ser discrecional, ya que, si así fuera, implicaría la libertad pura y simple de la Administración de sustraerse a sus compromisos contractuales, aportando los cambios que entendiera necesarios. Es preciso, a su vez, que exista un cambio de circunstancias que justifiquen el ejercicio de este poder de modificación. Deben existir circunstancias nuevas que permitan el ejercicio de este poder. El poder de modificación será una consecuencia, y un reflejo de los poderes que tiene la Administración con referencia a la satisfacción de los intereses generales que tiene a su cargo” (Diez, Manuel María Diez, T. II, *op. cit.*, p. 526).

Y: “La obra ha debido proyectarse con arreglo a las exigencias del interés público perseguido, de suerte que una modificación en la misma tiene que obedecer a necesidades nuevas o desconocidas en el momento de celebrar el contrato y no a razones de mera oportunidad” (Horgué Baena, Concepción, *La modificación del contrato administrativo de obra. El ius variandi*, Madrid, Editorial Marcial Pons – Instituto Universitario de Derecho Público “García Oviedo”, 1997, p. 76).

²² “La contratación de las Administraciones públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público”, *op. cit.*, pp. 456-457.

En efecto: “La técnica del reformado o modificado de obras y, consiguientemente, la novación objetiva del contrato debe ser constreñida a la excepcionalidad, pues de lo contrario podrían encubrirse contrataciones que no observasen los principios de publicidad, libre concurrencia y licitación que inspiran el sistema de contratación administrativa”.

Así lo ha expresado el Consejo de Estado al recomendar en su Memoria del año 1990 que “debe extremarse el celo en la redacción del proyecto inicial, de forma que sólo muy excepcionalmente haya que acudir a su ulterior modificación y sobre todo a la introducción de varios, sucesivos y parciales reformados de obra”.

Esta sugerencia se reitera en la Memoria del año 1992, al estimar ese mismo Alto Organismo Consultivo que los contratos, sobre todo los de obras, “deben ser normalmente de gestación pausada y, por el contrario, de ejecución rápida” (Moreno Molina, José Antonio y Pleite Guadamillas, Francisco, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, Madrid, Editorial La Ley, 2010, pp. 620-621).

²³ Miguel S. Marienhoff, *op. cit.*, p. 399.

De este modo: “El poder que tiene la Administración para modificar unilateralmente los contratos administrativos que celebra, no es un poder discrecional ni mucho menos arbitrario, sino que está condicionado a los motivos que lo fundan y le dan sustento jurídico.

Por supuesto, va de suyo que la potestad de modificar un contrato administrativo no es “ilimitada”, al contrario, tiene sus límites y sus eventuales consecuencias²⁴. Si así no fuera, quedaría desvirtuada la noción misma del contrato, que aun en el campo del derecho administrativo sigue siendo la “ley de las partes”. Por ende, la Administración tiene la indiscutible prerrogativa de modificar esos contratos, y el cocontratante tiene el deber de aceptar esas modificaciones en ciertas circunstancias; pero como en lo sustancial se trata de la alteración de un “contrato” –del cual han nacido derechos subjetivos para el contratante–, el sacrificio de esos derechos, que en la especie tendría lugar por razones de interés público, requiere el inexcusable respeto a los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico; siendo por eso que: 1) los quebrantos que ello le ocasione al contratante, cuando sean viables las modificaciones introducidas (por ejemplo, aumento de las prestaciones convenidas), deben serle resarcidos²⁵; y 2) en ciertos supuestos de modificaciones introducidas o pretendidas por la Administración, el cocontratante tiene derecho a la “rescisión” del contrato, pues nadie puede ser obligado a contratar sobre bases totalmente diferentes a las que se tuvieron en vista: quien contrató la construcción de un edificio de

Las modificaciones que pueden introducirse son relativas al modo de cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratante, como otras referentes al tiempo y forma en que han de satisfacerse, como igualmente al modo, tiempo y forma en que la Administración debe cumplir las obligaciones a su cargo. Puede de igual forma variar en más o en menos la masa de trabajo, dentro del ‘estándar’ de razonabilidad.

Pero lo que no puede es cambiar el objeto del contrato alterando su esencia, cualquiera que sea el contrato de que se trate” (Bercaitz, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1980, pp. 401-402).

²⁴ Por consecuencia: “El presupuesto esencial es la existencia de un interés público relacionado, como se ha dicho, con el mejor desarrollo de la prestación objeto del contrato. La consecuencia, la necesidad de compensar si se altera la economía del contrato” (Villar Ezcurra, José Luis y Marfá Badaroux, Jaime, “Prerrogativas de la Administración”, en Gaspar Ariño Ortiz y Asociados, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, T. II, *op. cit.*, p. 809).

²⁵ En referencia a este tema, bien se ha dicho: “El derecho a una indemnización que compense al cocontratante de la lesión experimentada en su patrimonio por la modificación que introduzca el Estado en el contrato, tiene su fundamento en el respeto del derecho económico financiero otorgado al cocontratante por el contrato. Este derecho es una propiedad en el sentido constitucional del concepto y, por lo tanto, garantizado por las normas superiores que consagran los Artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional.

Es la colectividad la que en su beneficio modifica o aniquila el contrato; es entonces la colectividad, a la cual representa la Administración, la que debe indemnizar el quebranto que con esa modificación o conclusión anticipada del contrato, sin culpa del concontratante, provoca en el patrimonio de éste.

A su vez, el Artículo 16 de la Constitución aporta un fundamento colateral en cuanto establece la igualdad como base del impuesto y de las cargas públicas, lo que se violaría de imponer al cocontratante el peso de determinadas modificaciones, implicantes para él de una carga diferencial a la común que soportan todos los habitantes del país.

En todo contrato de concesión –se ha dicho– está implícito, como un cálculo, la equivalencia honrada entre lo que se otorga al concesionario y lo que se le exige. Si la economía financiera del contrato resulta destruida, si por el uso que ha hecho la autoridad concedente de su poder de intervención, algo se ha perturbado en ese equilibrio de ventajas y cargas, de obligaciones y derechos, nada impedirá al concesionario iniciar una acción en demanda de justicia. Demostrará que la intervención regular en sí misma, obligatoria para él, le ha causado un daño cuya reparación se le debe” (Bercaitz, Miguel Ángel, *op. cit.*, pp. 409-410).

madera, no puede ser obligado—en virtud del poder de modificar el contrato— a construirlo en cemento armado; quien se comprometió a suministrar alumbrado a base de gas, no puede ser obligado a prestarlo a base de electricidad, pues ambos sistemas difieren fundamentalmente desde el punto de vista técnico; igualmente, si alguien se comprometió a suministrar forraje para la caballería de un regimiento, si éste después fuere “motorizado”, no estará obligado a suministrar gasolina o nafta en lugar del forraje; etc.²⁶.

De esta forma, como bien se ha afirmado, la modificación del contrato no puede referirse a su propia “sustancia”, introduciendo un cambio esencial en su concepción de origen, u obligando al contratista a afrontar algo que no pudo estar en sus cálculos ni en el “subsuelo” contractual cuando la obra fue licitada, adjudicada y contratada²⁷. En los supuestos mencionados, la potestad de la Administración pública para modificar el contrato está fuera de toda duda, pero de igual forma lo está el derecho del cocontratante a rescindir el contrato y a que se le paguen los perjuicios que por razones de interés público ello le ocasione²⁸.

²⁶ Ciertamente: “La prerrogativa modificatoria encuentra sus límites en la naturaleza de la relación contractual que vincula a las partes. Es que la prerrogativa no puede ejercerse, sin la autorización del contratista, en una medida o intensidad que signifique alterar las bases mismas de la contratación, imponiendo prestaciones que, de haber sido conocidas en el momento oportuno, hubieran desalentado al administrado a convertirse en contratista de la Administración o bien lo hubiesen impulsado a hacerlo en condiciones sustancialmente diferentes.

La prerrogativa modificatoria no puede imponer una reducción de la obra a su mínima expresión, en contra de las lícitas expectativas que el contratista tuvo al contratar, como si se tratase de una rescisión encubierta, como tampoco puede ampliar la obra en un alcance que se encuentra fuera de la capacidad del contratista. Tampoco puede alterar la calidad esencial de la obra, su estabilidad, aptitud para cumplir con su finalidad, etc. Pero no sólo estos límites están puestos en protección del contratista, sino de la misma Administración, de manera que actúan aun cuando el contratista preste su conformidad a la modificación. Así, la Administración comitente no podrá alterar la base licitatoria, derecho de oposición que puede eventualmente ser ejercido por los que fueron terceros oferentes, y sobre todo no podrá alterar la regla de la licitación previa, introduciendo una obra esencialmente nueva bajo la excusa de una modificación dentro del esquema del contrato vigente, ni contrariar tampoco los principios hacendales que lo rodean y le resultan aplicables” (Barra, Rodolfo Carlos, *Contrato de obra pública. Precio. Certificación. Mora. Intangibilidad de la remuneración*, T. III, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1988, p. 1077).

²⁷ Mó, Fernando F., *op. cit.*, p. 26.

²⁸ Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, pp. 399-401.

A lo que se ha agregado: “A través de la prerrogativa de modificación de la Administración no se puede alterar completamente, o en sus elementos esenciales, el contrato originario, pues en tales casos, congruentemente con el principio de licitación pública, debería tramitarse un nuevo expediente de contratación con su correspondiente adjudicación.

Convertir una obra de simple acondicionamiento de una carretera en la construcción de un tramo prácticamente nuevo comporta una variación en la voluntad administrativa que habrá de dar lugar a un expediente nuevo de contratación y en definitiva a un contrato distinto, en consecuencia en estos casos no ha de seguirse la vía del reformado, sino el desistimiento unilateral de la Administración, con el consiguiente deber de indemnizar. En estos casos, los perjuicios y efectos contraproducentes que para el interés público pueda ocasionar la adjudicación de un nuevo contrato, previa resolución del anterior, son connaturales a la propia ley, que trata de tutelar otro beneficio especial, como es la libre y pública licitación en los contratos administrativos” (Rollón Muñoz, Julián, *op. cit.*, pp. 917-918).

En consecuencia, y siguiendo para el caso las enseñanzas del Maestro Miguel S. Marienhoff, podemos decir que la potestad de modificar el contrato encuentra justas y adecuadas limitaciones: 1) en la necesidad de mantener el “equilibrio financiero” a favor del cocontratante; y 2) en la ineludible obligación estatal de respetar las garantías constitucionales que pudieran resultar afectadas por la modificación introducida o pretendida²⁹; 3) sin que en todo caso pueda falsearse la competencia del mercado, o dar preferencias o ventajas de cualquier tipo que fueren a un contratista cierto y determinado, por sobre otros posibles o potenciales prestadores³⁰.

En efecto, si la modificación de los contratos constituye una prerrogativa de la Administración, el ejercicio de esa prerrogativa debe, sin embargo, llevarse a cabo dentro de rígidas previsiones legales, de razonabilidad y de buena fe, siguiendo el procedimiento expresamente previsto para ello, y mediando siempre circunstancias objetivas, imprevistas y ajenas a la voluntad de las partes. Asimismo, resulta necesario que dichas circunstancias sean aplicables cualquiera hubiese sido el adjudicatario, sin que se suprima la idea del riesgo empresario³¹, y por supuesto con la correspondiente contrapartida del mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, cuando como consecuencia de la modificación éste resulte más oneroso para el contratista³².

Por otra parte, debe tenerse en cuenta otra limitación a la potestad de modificar los contratos administrativos: que la “finalidad” alegada para introducir las modificaciones debe ser cierta, sincera, verdadera, y no encubra traición al fin legal, determinante de una “desviación de poder”, lo que sí ocurriría cuando, por ejemplo, con el pretexto de una modificación, lo que en realidad se persiguiera es obligar al contratista a que, por ese

²⁹ Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, pp. 401-402.

³⁰ Conclusiones de la Abogada General señora Juliane Kokott, presentadas el 13 de marzo de 2008, en el Asunto C-454 /2006, “Presstext Nachrichtenagentur GmbH”, considerandos 48 y 49.

Así: “Si la modificación implica alterar las bases licitatorias de manera que, si de haber sido expresadas las ahora nuevas condiciones en los pliegos que rigieron la licitación del caso, estos oferentes hubiesen cotizado de distinta forma o hubiesen podido demostrar que eran más aptos para ejecutar el contrato conforme con sus nuevas condiciones, o bien demostrar que el que resultó adjudicatario no tenía, al momento de ofertar, la capacidad requerida para ejecutar el contrato en dichas condiciones, tales oferentes se encuentran agraviados en sus derechos emergentes de la relación jurídica establecida con la Administración en virtud del mismo procedimiento de selección. Por consiguiente, estos terceros administrados tendrán derecho a cuestionar la modificación planteada en la contradicción con las reglas de la seleccionabilidad del contratista” (Barra, Rodolfo Carlos, T. III, *op. cit.*, pp. 1079-1080).

³¹ Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Editorial AbeledoPerrot S.A., 2009, pp. 94-95.

³² Rebollo, Luis Martín, *op. cit.*, p. 577.

De nuevo, recordemos: “Como contrapunto al principio de mutabilidad del contrato se construye el ‘principio del equivalente económico’, para garantizar que la ecuación financiera del contrato se mantenga. Y en esta sede se manifiesta que si, por razones de interés público, se hace preciso modificar las condiciones inicialmente pactadas, tal variación debe acompañarse de la necesaria contrapartida económica que regularice la ecuación económica. Y es, precisamente, en el juego de ambos principios, mutabilidad y equivalente económico, la razón final que permite hablar de contrato, al preservar junto a las exigencias del interés general la igualdad de las partes y la proporcionalidad y reciprocidad de las prestaciones” (Horgué Baena, Concepción, *op. cit.*, pp. 67-68).

medio ya ilegal, rescinda el contrato³³. A su vez, es importante tener en cuenta que la modificación de un contrato en el que concurran las circunstancias expuestas exigirá una doble fiscalización. Por un lado, la justificación de la desviación a nivel técnico (es decir, la motivación de las circunstancias por las cuales la modificación no fue prevista en el proyecto). Por el otro, las razones que aconsejan la improcedencia de una nueva licitación y el mantenimiento del contrato objeto de la modificación³⁴.

De igual forma pero a mayor detalle, se recuerda que la modificación acordada es obligatoria para el contratista, salvo que la cuantía económica de la modificación, o de las sucesivas modificaciones acordadas, excedan del 20 % del presupuesto del contrato, o representen una alteración sustancial del proyecto inicial objeto del mismo³⁵. En este caso, tanto el contratista como la Administración contratante podrán optar por el cumplimiento o exigir la resolución del contrato³⁶.

Finalmente, no olvidemos que en estos casos el contratante tiene a su vez el derecho al reajuste del plazo del contrato, siempre que la modificación de la obra determine la necesidad de esta consecuencia; al igual que el reajuste del programa de trabajos, cuando la modificación implique una distribución del tiempo diferente de la originalmente prevista o pactada; y el reajuste de la garantía definitiva, si como consecuencia de la ejecución de que se trata se varía el importe del mismo³⁷.

³³ Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, p. 402.

³⁴ Villar Ezcurra, José Luis y Marfá Badaroux, Jaime, *op. cit.*, p. 802.

De esta forma, y retomando lo ya dicho: “Puede señalarse como un requisito necesario para poder ejercer la prerrogativa de modificar los contratos, que el objeto de la modificación que se pretende se fundamente en razones de interés público. Es esta circunstancia la que justifica la existencia misma del contrato y de las prerrogativas o potestades que ostenta la Administración, debiendo ser concretos los motivos en que se funda y no una mera referencia al interés público globalmente considerado”. El Consejo de Estado ha estimado que “la modificación contractual debe hallarse respaldada o legitimada por un interés público claro, patente e indubitado” (Dictamen 42.179, del 17 de mayo de 1979) (Moreno Molina, José Antonio y Pleite Guadamillas, Francisco, *op. cit.*, p. 621).

³⁵ En tal sentido, recordemos que el Artículo 53, inciso a), de la Ley Nacional de Obras Públicas, determina: “El contratista tendrá derecho a rescindir el contrato, entre otros, en los siguientes casos:

a) Cuando las modificaciones mencionadas en el Artículo 30 o los errores a que se refiere el Artículo 37 alteren el valor total de las obras contratadas en un 20 % en más o en menos”.

³⁶ Cosculluela Montaner, Luis, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, Editorial Civitas – Tratados y Manuales, 1996, p. 408.

En efecto: “Siempre que las modificaciones unilaterales al contrato sean excesivas, porque traspasen los límites de lo ‘justo y razonable’, el cocontratante puede pedir la rescisión del contrato dado lo inaceptable de las modificaciones. En estos supuestos entran todas aquellas modificaciones al objeto del contrato que impliquen la ejecución de una obra nueva por el contratista, produciéndose una desnaturalización o una alteración sustancial del contrato y de las bases del mismo. Por otra parte, el cocontratante de la Administración también tiene derecho a pedir la rescisión cuando las modificaciones impuestas sean de tal naturaleza que transformen la economía general del contrato, o cuando las modificaciones sobrepasen la capacidad técnica y financiera del cocontratante” (Brewer Carías, Allan R., *op. cit.*, p. 116).

Sin embargo, es importante aclarar: “El contratista únicamente puede optar entre la resolución del contrato inicial o aceptar la modificación y ejecutar el contrato conforme a ésta. Es decir, la obligatoriedad de las modificaciones de este alcance sólo tiene una vía de manifestación: la resolución del contrato, sin que le quepa al contratista la posibilidad de negarse a una modificación de este tipo manteniéndose en el contrato” (Horgué Baena, Concepción, *op. cit.*, p. 113).

³⁷ Horgué Baena, Concepción, *op. cit.*, pp. 167-169.

III. Las obras nuevas, accesorias o complementarias. Sus principios rectores y requisitos de procedencia³⁸.

Como es sabido, los contratos de obras pueden adjudicarse por procedimientos de publicidad amplia e irrestricta, o bien por medio de procedimientos de publicidad restric-

³⁸ Así: “La modificación contractual en el derecho administrativo es una verdadera potestad de la Administración o ‘prerrogativa’ de la misma. Precisamente esta naturaleza singular y privilegiada del ‘ius variandi’ exige que se produzca necesariamente dentro de los límites que establece la Ley de Contratos (Art. 48) y su Reglamento (Art. 146). Dichas limitaciones legales son de diversa naturaleza.

Por cuanto se refiere a las limitaciones de índole formal o procedimental, la ley exige que la modificación sea acordada por el órgano de contratación competente (Art. 48 de la Ley de Contratos) y que previamente se haya redactado la oportuna propuesta integrada por los documentos que la justifiquen, describan y valoren aquélla; asimismo debe ser oído el contratista, y debe existir el informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos, y la Fiscalización del Gasto correspondiente (Art. 59 del Pliego General del 31 de diciembre de 1970). Todo ello tiene por objeto no burlar las formalidades propias de la contratación administrativa y los procedimientos de selección de contratistas, puesto que si la prerrogativa modificadora fuera plena y absoluta, cabría infringir cuantas garantías acompañan la licitación y formalización del contrato originario.

En lo que se refiere al contratista, es un sujeto pasivo de la ‘potestas variandi’ de la Administración, puesto que está obligado a aceptar dichas modificaciones (Art. 50 de la Ley de Contratos). Únicamente admite la ley un supuesto límite en que el contratista, ante una modificación contractual, puede optar por el abandono y la resolución del contrato. Se trata del supuesto en que, aislada o conjuntamente, la modificación o modificaciones sucesivas alteren el precio del contrato en cuantía superior al 20 por 100 del importe de aquél, o representen una alteración sustancial al proyecto inicial (Art. 52.2 de la Ley de Contratos); siendo de significar que, en este supuesto, la resolución contractual es potestativa no sólo para el contratista, sino también para la Administración (Art. 161 del Reglamento de Contratación).

En lo que respecta a la naturaleza de la obra, es de resaltar que la modificación debe afectar a las obras sustantivas, propias e intrínsecas al contrato, puesto que si se tratara de obras accesorias o complementarias, debe acudir a una nueva licitación y contratación, como si se tratase de obras distintas e independientes (Art. 153 del Reglamento).

Por último, la modificación contractual debe hallarse respaldada o legitimada por un interés público caro, patente e indubitado. La Ley de Contratos exige que el objeto de todo contrato debe ser necesario y justificado para los fines del servicio público correspondiente (Art. 11), y que su modificación sólo cabe por razón ‘de interés público’ (Art. 18), en lo que insiste el Reglamento de Contratación, cuando afirma que para la modificación contractual deberán quedar debidamente justificadas las necesidades nuevas o las causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto (Art. 149).

En conclusión, cabe afirmar que la modificación del contrato administrativo es una potestad o privilegio de la Administración, que para su ejercicio deben concurrir las causas legitimadoras que han quedado reseñadas” (Consejo de Estado – Dictamen N° 42.179, del 17 de mayo de 1979, citado en Moreno Gil, Oscar, *Contratos administrativos – Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Editorial Thomson–Civitas, 2008, p. 1772).

Al respecto, la Ley Nacional de Obras Públicas determina: “Artículo 9º, inciso b). Sólo podrán adjudicarse las obras públicas nacionales en licitación pública. Quedan exceptuadas de la solemnidad de la licitación pública y podrán ser licitadas privadamente o contratadas en forma directa, las obras comprendidas en los siguientes casos:

b) Cuando los trabajos que resulten indispensables en una obra en curso de ejecución no hubiesen sido previstos en el proyecto ni pudieran incluirse en el contrato respectivo. El importe de los trabajos complementarios antedichos no excederá de los límites consignados en la escala siguiente:

Costo original de la obra contratada: hasta: \$ 500.000; límite de la contratación por obras complementarias: \$ 100.000; desde \$ 500.001 a \$ 2.000.000, límite de la contratación por obras complementarias: 20 %; desde \$ 2.000.001 a \$ 5.000.000, límite de la contratación por obras complementarias: 15 %; desde \$ 5.000.001 a

tiva o limitada, ya sean en este supuesto las licitaciones privadas o las contrataciones directas. Así, las obras del Estado pueden contratarse privadamente o por medio de contrataciones directas, entre otros, en los siguientes supuestos: cuando se trate de obras complementarias³⁹ que no figuren en el proyecto ni en el contrato, pero que debido a una circunstancia imprevista pasen a ser necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita en el proyecto o en el contrato sin modificarla, y cuya ejecución se confíe al contratista de la obra principal de acuerdo con los precios que rijan para el contrato primitivo o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes a la Administración, o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento, y que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el tope legalmente establecido⁴⁰. Las demás obras complementarias que no reúnan los requisitos señalados habrán de ser objeto de contratación independiente. Las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento “independiente”, deberán tramitarse como obras complementarias⁴¹.

\$ 10.000.000, límite de la contratación por obras complementarias: 10 %; desde \$ 10.00.001, límite de la contratación por obras complementarias: 5 %”.

Como bien ha dicho el Dr. Rodolfo Barra: “Cuando hay que ejecutar trabajos indispensables no previstos en obras que se encuentran en ejecución, es evidente que, en este caso, lo más aconsejable resulta contratar dichos trabajos con el mismo contratista que está realizando la obra; de lo contrario se corre el riesgo de introducir una empresa nueva que puede no armonizar sus tareas con la primitiva. Por otra parte, hasta tanto se decida la adjudicación de la licitación privada, las obras corren el riesgo de paralizarse, en especial si los trabajos que deben efectuarse son indispensables para la prosecución de los primeramente licitados. Por tal motivo, y en tanto y en cuanto la primera empresa esté capacitada técnica y económicamente para realizar los trabajos no previstos, conviene que sea ella misma quien los ejecute. Esta razón justifica el recurso a la contratación directa” (Barra, Rodolfo Carlos, T. I, *op. cit.*, p. 511).

³⁹ En tal sentido: “Podemos caracterizar a las obras principales como aquellas que cuentan con una existencia propia, y son capaces de subsistir por sí solas, por ser independientes de las obras, y por lo tanto de otros contratos.

A ‘contrario sensu’, por obras accesorias o complementarias podemos entender aquellas que no pueden subsistir por sí solas (de modo que la extinción de la principal conlleva la de la accesorio) y que gozan de una independencia no ya absoluta, sino relativa, por derivar de una obra principal” (Vázquez Mantilla, Francisco Javier, “Régimen Jurídico de las Obras Complementarias en la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista de Contratación Administrativa Práctica* N° 94, febrero de 2010, p. 56).

⁴⁰ Como acto seguido vamos a ver con mayor detalle: “Son requisitos fácticos y jurídicos requeridos por la doctrina para la viabilidad de la excepción: a) que se trate de trabajos adicionales de una obra, cualquiera que haya sido el procedimiento por el que se contrató; b) que esos trabajos accesorios resulten indispensables o necesarios para la obra pública principal; c) que la obra se encuentre en ejecución; d) que los trabajos no hubiesen sido previstos, esto es, que resulten imprevisibles al momento de su aprobación, y en caso de haber sido previsibles en el proyecto, no hayan podido incluirse en el contrato por circunstancias de hecho o de derecho; y e) que el importe de los trabajos no exceda del límite porcentual acumulativo fijado por el Poder Ejecutivo, respecto del costo de la obra contratada” (Druetta, Ricardo Tomás y Guglielminetti, Ana Patricia, *op. cit.*, pp. 77-78).

⁴¹ Menéndez Gómez, Emilio, *op. cit.*, p. 400.

En efecto, los supuestos en los cuales las obras complementarias se pueden adjudicar por el procedimiento negociado sin publicidad o contractual directo al contratista de la obra principal, requieren la presencia de las siguientes circunstancias: es preciso que estas obras no figuren en el proyecto ni en el contrato, pero que resulten necesarias por circunstancias sobrevinientes e imprevistas⁴², y que su precio sea el que figura en el contrato primitivo u original, o el que se fije contradictoriamente⁴³. A su vez, el importe acumulado

De esta manera: “Podría reservarse la expresión adicionales para toda modificación contractual que importe la ejecución de trabajos absolutamente ajenos a los previstos por el contrato, mientras que aquellos decididos dentro del marco del ejercicio del ‘ius variandi’ deberían ser considerados como modificaciones propiamente dichas alcanzadas por los mismos términos de la relación contractual original. Es decir, toda modificación que técnicamente, de acuerdo con la naturaleza y finalidad de la obra, pueda considerarse como contenida en la concepción original de la misma (si bien no prevista y por lo tanto no pactada ni cotizada) es una variación regulada por los Artículos 30 y 38 de la Ley Nacional de Obras Públicas. En cambio, si tal modificación es ajena a la obra original, deberá ser calificada como obra nueva.

El tema reviste particular importancia, ya que, de tratarse de una modificación de contrato, aunque siempre dentro de los límites en que tal prerrogativa puede ser ejercida, la modificación no es más que una alternativa del mismo contrato. Así, no habrá un nuevo acuerdo contractual, sino la mera puesta en vigencia de alternativas contenidas en el contrato original, que se realizarán conforme a una metodología que la misma ley contempla, como incluida en aquellos términos contractuales. Por consiguiente, por no tratarse de un nuevo contrato, no será necesaria la implementación del procedimiento previo de selección de contratista para llevar a cabo los nuevos trabajos.

Por el contrario, si se trata de una obra ajena al marco contractual original, se exigirá la realización de tal procedimiento de selección, bajo pena de nulidad del acto o convenio que decide la obra nueva.

En el primer supuesto, entonces, nos encontramos dentro de los límites del mismo contrato y así será aun cuando se supere la limitación cuantitativa del 20 % en más o en menos, siempre que el contratista acepte tal modificación y no se transgredan los límites cualitativos.

Siempre se tratará de un mismo contrato, aunque modificado en una medida que, si se mantiene dentro del antes citado porcentual, será de ejecución obligatoria para el contratista. En cambio, si lo supera, necesitará de su acuerdo voluntario, sin perjuicio de la prerrogativa de la comitente de ordenar su ejecución por un tercero, siempre que medie la disconformidad del contratista” (Barra, Rodolfo Carlos, T. III, *op. cit.*, pp. 1107-1108).

⁴² Así: “Para que las obras puedan considerarse como complementarias no debe tratarse de obras imprescindibles o esenciales pero sí deben ser estrictamente necesarias para el perfeccionamiento de los fines que ha de satisfacer la obra principal.

Más bien, podríamos decir que se trataría de obras que siendo necesarias para asegurar el cumplimiento de la finalidad inicialmente prevista para el contrato principal no suponen ‘añadidos esenciales’.

Si las obras fueran de ejecución esencial o imprescindibles por resultar imposible su ejecución y entrega al uso público de la obra principal en la forma inicialmente prevista, nos encontraríamos ante un modificado del proyecto de obra principal y no ante una obra complementaria” (Vázquez Mantilla, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 57).

⁴³ Por ende: “El precio de las obras complementarias será el que rija para el contrato primitivo. Así, los precios de estas obras serán los que rigieron para la adjudicación del contrato, pero incrementado en su caso, con la revisión de precios en el momento de la adjudicación de las obras complementarias.

Lo anterior supone que las unidades de obra comunes al proyecto principal participarán del mismo precio que conste en aquél.

Respecto de las nuevas unidades no incluidas en el proyecto principal, se fijarán contradictoriamente como si de un modificado se tratase” (Vázquez Mantilla, Francisco Javier, *op. cit.*, pp. 60-61).

de dichas obras no puede superar del tope o porcentual legalmente establecido⁴⁴; y finalmente, dichas obras no han de poder separarse técnica o económicamente del contrato principal sin causar inconvenientes mayores a la Administración, o han de ser estrictamente necesarias para su correcta y adecuada ejecución⁴⁵.

Por su parte, la Procuración del Tesoro de la Nación ha destacado que la Ley Nacional de Obras Públicas contempla dos supuestos que hacen al problema de los trabajos adicionales. El Artículo 9º, inciso b), que al referirse a las obras complementarias, exime del requisito de la licitación pública a aquellos trabajos que resulten indispensables en una obra en curso de ejecución, y que no hubiesen sido previstos en el proyecto ni pudieran incluirse en el contrato respectivo. La contratación directa de estos trabajos tiene el límite que fija la escala establecida en el mismo inciso actualizada. Este inciso, tal como se aclara en los antecedentes y discusión parlamentaria de la ley, es nuevo y se refiere a obras cuya necesidad surge en forma imprevista como consecuencia de la ejecución de la misma, se trata de un trabajo nuevo que no puede tener vinculación con el principal y que por lo tanto queda fuera del contrato. La contratación por encima de los márgenes fijados puede engendrar una eventual responsabilidad de los funcionarios intervinientes.

Este supuesto difiere del contemplado por el Artículo 30 de la Ley de Obras Públicas, que hace referencia a las alteraciones o modificaciones del proyecto que produzcan aumentos o reducciones de costos o trabajos contratados y que resulten obligatorios para el contratista, siempre que no excedan del 20 % del valor total de las obras, ya que en ese caso el Artículo 53, inciso a) de la ley, faculta a aquél a rescindir el contrato. Pero mediando acuerdo entre las partes no se transgrede el régimen de la Ley N° 13.064 si se realizan trabajos de este tipo que excedan del porcentaje indicado⁴⁶.

⁴⁴ El que como hemos visto, conforme el Artículo 9º, inciso b), de la Ley Nacional de Obras Públicas, es el siguiente: “a) De \$ 100.000, para obras de hasta \$ 500.000; b) del 20 %, para obras que van de \$ 500.001 a \$ 2.000.000; c) del 15 %, para obras que van de \$ 2.000.001 a \$ 5.000.000; d) del 10 %, para obras que van de \$ 5.000.001 a \$ 10.000.000; y e) del 5 %, para obras que superen los 10.000.001”.

⁴⁵ Rollón Muñoz, Julián, *op. cit.*, p. 1327.

Como se ha mencionado: “De la dificultad técnica o económica de que las obras complementarias sean ejecutadas por contratistas distintos en un mismo emplazamiento, resulta la necesidad de que las obras sean adjudicadas al adjudicatario del contrato principal, de suerte que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes a la Administración.

Parece razonable que sea el mismo contratista que está efectuando en un emplazamiento determinado una obra, quien acometa la ejecución de las obras complementarias que se encuentren en su ámbito de interacción más próximo” (Vázquez Mantilla, Francisco Javier, *op. cit.*, pp. 58-59).

⁴⁶ Dictamen del 28 de abril de 1977, emitido por el Dr. Adalberto E. Cozzi, T. 141, p. 125.

Por otra parte, la misma Procuración del Tesoro de la Nación ha agregado: “La necesidad de los trabajos es característica común requerida para la aplicación de ambas normas, pero el Artículo 9º, inciso b), de la Ley de Obras Públicas exige la aparición imprevista del trabajo en cuestión y su falta de vinculación con el principal. Faltando alguno de tales presupuestos estaremos o bien en presencia de una alteración de las bases contractuales (obra nueva) o frente a adicionales que por modificar el proyecto con miras a complementarlo o al mejor funcionamiento de la obra caen dentro del Artículo 30 de la Ley N° 13.064.

Finalmente y en un sentido similar, el Dr. Roberto Dromi ha señalado que los presupuestos fácticos y jurídicos requeridos para la viabilidad de esta excepción son los siguientes: 1) Que se trate de trabajos adicionales, es decir, complementarios y accesorios de una obra pública, cualquiera haya sido el procedimiento por el que se contrató ésta. Pues al respecto la ley no hace ninguna distinción; 2) Que esos trabajos accesorios resulten indispensables, o sea, necesarios para la obra pública principal. Ello es una cuestión de hecho, que debe ser probada y motivada con informes técnicos idóneos; 3) Que la obra pública principal esté en curso de ejecución. Por la misma razón se requiere que la obra se haya iniciado, no haya concluido y no esté paralizada; es decir que si la obra no comenzó a ejecutarse, o ha concluido totalmente su ejecución, o si ejecutada parcialmente la misma está paralizada y no es continuada de manera definitiva o transitoria, éstas circunstancias fácticas no autorizan la excepción para recurrir a la contratación directa de sus trabajos adicionales; 4) Que los trabajos no hubiesen sido previstos en el proyecto. Es decir, se exige la imprevisibilidad de los adicionales de la obra principal al momento de la aprobación del proyecto. Y en caso de que éstos hayan sido previsibles en el proyecto, no hayan podido incluirse en el contrato por circunstancias de hecho o de derecho; y 5) Que el importe de los trabajos adicionales no exceda el límite porcentual acumulativo fijado en la escala legal, respecto del costo original de la obra contratada⁴⁷.

Si el trabajo ordenado en un contrato de obra pública no es indispensable ni surgió en forma imprevista ni deja de tener vinculación con la obra principal, es dable estimar que no encuadra en el Artículo 9º, inciso b), de la Ley N° 13.064.

Si el elemento distintivo del complejo industrial contratado resulta la instalación del suministro de agua, la realización de dicho trabajo no alteró las bases de la contratación para constituirse en obra independiente, ya que, aunque bosquejada en los pliegos, subyacía en la ejecución de la obra, y no pudo sorprender al contratista de la orden de su utilización.

La etapa de ejecución de la obra parece relacionarse con la noción temporal del avance en la búsqueda del fin perseguido; por lo que demostrada la estrecha relación entre el suministro de agua y la constitución de la nave se descartó la independencia de cada etapa, para inclinarse por la interdependencia de los trabajos efectuados, que permiten considerar al suministro de agua industrial como adicional de la obra contratada” (Dictamen producido por el doctor Héctor Pedro Fassi, de fecha 28 de febrero de 1984, Tomo 168 – 441).

A su vez y en refuerzo de lo antes dicho, es importante señalar: “Mientras que el modificado surge como una cuestión interna del contrato, haciéndolo necesario para la ejecución de la obra total, las obras accesorias son externas al contrato, por lo que su no realización no menoscaba el resultado del primer contrato. En este sentido, la característica del modificado es su necesidad, frente a la mera conveniencia de las obras accesorias o complementarias. La obra accesoria, por consiguiente, no implica que sin ella la obra principal siga siendo completa, es decir, susceptible al uso general o servicio público.

Asimismo, la modificación se materializa en un proyecto reformado, es decir, en una variación del proyecto primitivo y trasciende al contrato produciendo una novación del mismo. Por el contrario, la obra accesoria o complementaria no innova el contrato principal sino que ha de ser objeto de contrato independiente. Por ello, el contrato complementario tiene que adjudicarse conforme a los procedimientos que correspondan legalmente. Aun en los supuestos en los que se permite su ejecución por el contratista principal, la adjudicación implica un nuevo contrato” (Horgué Baena, Concepción, *op. cit.*, p. 101).

⁴⁷ Dromi, Roberto, “Excepciones a la licitación pública por monto menor y trabajos adicionales”, publicado en *El Derecho* – T. 59, 1975, pp. 847-850.

IV. Diferencias entre las modificaciones de obra y la obra nueva o complementaria. Sus similitudes, principios rectores y rasgos distintivos.

Como en cierta manera se desprende de lo que antes hemos mencionado, corresponde observar que modificación de contrato no es lo mismo que ejecución de obras adicionales o complementarias, aunque en los hechos la distinción no está exenta de dificultades. Así, podría reservarse la expresión adicionales u obra complementaria para toda modificación contractual que importe la ejecución de trabajos en sustancia ajenos a los previstos por el contrato, mientras que aquellos decididos dentro del marco del ejercicio del “ius variandi” deberían ser considerados como modificaciones propiamente dichas, alcanzados por los mismos términos de la relación contractual original. Es decir, toda modificación que técnicamente, de acuerdo con la naturaleza y la finalidad de la obra, pueda considerarse como contenida en la concepción original de la misma (si bien no prevista y, por lo tanto, no pactada ni cotizada), es una variación regulada por las normas y principios que rigen a la modificación de contrato. En cambio, si tal modificación es ajena a la obra original, deberá ser calificada como obra nueva o adicional⁴⁸.

Por otra parte, y complementando lo expuesto, podemos agregar: “De lo anterior se deriva la necesidad de llevar a cabo una contratación de forma automática, tramitando un expediente de contratación que responda a las previsiones de ley.

Así, deberá obrar en el expediente el informe de necesidad justificativo de la conveniencia de ejecutar las obras, justificando especialmente las circunstancias que aconsejan la adjudicación como obras complementarias o accesorias.

En cuanto a las condiciones que regirán la contratación, será necesaria la existencia de nuevos pliegos de condiciones autónomos, no siendo de aplicación automática los pliegos de la prestación principal, ya que obviamente las características jurídicas y técnicas de la prestación complementaria diferirán de la prestación principal.

Sin perjuicio de ello, podrá existir una remisión a la mayor parte de las cláusulas del condicionado de la obra principal, regulándose las cuestiones divergentes o específicas de las obras complementarias y remitiéndose al pliego que rige las obras principales.

De otro lado, deberá realizarse el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, la fiscalización previa de la intervención, la justificación jurídica de la elección del procedimiento negociado sin publicidad, el acuerdo de aprobación y de adjudicación del contrato, así como una nueva formalización del mismo a la que habrá precedido las oportunas garantías para la licitación y para el cumplimiento de las obligaciones distintas que las prestadas para el contrato principal.

Obviamente, deberá existir un nuevo proyecto de obras. El proyecto deberá contener el replanteo y acreditar igualmente la disponibilidad del proyecto previo su aprobación.

En lo referente a la ejecución de las obras existirá un plazo de ejecución independiente del de la obra principal, el acta de inicio de obras deberá redactarse nuevamente con ocasión del inicio del contrato complementario, siendo a su vez independientes las certificaciones de obra que se expidan para la obra complementaria respecto de la obra principal, así como el plazo de garantía de las mismas” (Vázquez Mantilla, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 60).

⁴⁸ Barra, Rodolfo Carlos, T. III, *op. cit.*, pp. 1107-1108.

En ese orden, la Procuración del Tesoro de la Nación ha destacado: “En primer lugar, corresponde precisar si las obras ejecutadas en el período que se reclama participan de las características de obras adicionales.

Al respecto, cabe señalar que los informes de los organismos técnicos indicaron que el contrato no tenía adicionales sino que, debido a la antigüedad del proyecto original, la ejecución de los trabajos prosiguió sobre la base de adecuaciones y actualizaciones del proyecto, que no constituyen adicionales sino variantes del

A su vez, las obras accesorias o complementarias deben ser susceptibles de utilización separada, frente a la imposibilidad que ello entraña en relación con la modificación de la obra o del contrato⁴⁹. Por otra parte, al tratarse de obras que no figuran en el proyecto, ni en el contrato principal, parece claro que no se puede hablar de una modificación, ya que, en principio, se está fuera del objeto del contrato mismo. En consecuencia, haría falta un nuevo contrato. Sin embargo, puede que se trate de obras que sean necesarias y que, por consiguiente, desde el punto de vista de la eficacia, esté justificado aprovechar la experiencia del empresario que ejecuta el contrato principal para encomendarle esas nuevas obras. Estaríamos, por ende, ante un nuevo contrato, que impondría una nueva adjudicación en virtud del principio de libertad de concurrencia. Pero, al considerarse razonable una cierta prioridad del contratista de las obras a las que el nuevo contrato complementa, y en tanto no se superen los topes normativamente previstos, la ley exceptiona el principio de libertad de concurrencia, admitiendo la adjudicación de ese nuevo contrato siguiendo el procedimiento negociado sin publicidad o contractual directo que hemos mencionado⁵⁰.

contrato en los cuales es necesario aprobar trabajos distintos de los contractuales, en razón de la obsolescencia de los materiales, técnicas constructivas, instalaciones e infraestructura, avances tecnológicos, necesidades, uso, equipamiento y equipos previstos originalmente.

Asimismo expresaron que cada una de esas variantes tramitaba por un expediente independiente del original del contrato, lo que permitía regular la aprobación de cada una de ellas de acuerdo a las disponibilidades presupuestarias.

De esta modalidad contractual, se deriva que aquellos trabajos no constituían adicionales de la obra principal. En tal sentido, este Organismo Asesor ha distinguido entre trabajos adicionales y obra nueva.

Así ha señalado que constituyen obra nueva aquellos trabajos que son indispensables en una obra en curso de ejecución, y que no hubieran sido previstos en el proyecto ni pudieran incluirse en el contrato respectivo. Difiere de este concepto el de trabajos adicionales por implicar alteraciones del proyecto que produzcan aumentos o reducciones de costos o trabajos contratados y que resulten obligatorios para el contratista (cfr. Arts. 9º, inc. b) y 30, Ley Nº 13.064” (Dictamen Nº 381–300, Expediente Nº 998–000553/2001, del 15 de mayo de 2003, producido por el doctor Rubén Miguel Citara, pp. 5-6).

⁴⁹ Horgué Baena, Concepción, *op. cit.*, p. 102.

⁵⁰ Rebollo, Luis Martín, *op. cit.*, p. 584.

En este marco, se ha destacado: “Para determinar si se trata de una simple modificación contractual o en su caso de un proyecto de obras complementarias, hay que atender—dice la Sentencia del Tribunal Superior del 7 de julio de 1998 (RJ 1998–5744)— fundamentalmente a la posible utilización separada de las nuevas obras, a su necesidad en relación con el proyecto inicial y a las dificultades técnicas de adjudicación y ejecución independiente, así como a la interrelación física entre las obras y la necesidad de su introducción para llevar a buen fin el proyecto, con la mayor satisfacción posible de los intereses generales”.

En sentido parecido el dictamen del Consejo de Estado Nº 424/1992, del 2 de abril, advierte que la diferencia entre modificación y obra complementaria no aparece clara en todos los casos concretos: “Con criterio general, este Consejo ha indicado que son criterios aplicables para la distinción entre una y otra la posibilidad de utilización separada de las obras nuevas, su necesidad en relación al proyecto inicial y las dificultades técnicas de adjudicación y ejecución independientes (Dictamen del Consejo de Estado del 15 de diciembre de 1983 Nº 45.942, del 29 de noviembre de 1984 Nº 47.127 y del 24 de julio de 1985 Nº 48.034, entre otros)”. “La imposibilidad de segregar las obras nuevas de las ya construidas constituye, de conformidad con el dictamen del Consejo de Estado Nº 257/1992, del 29 de julio, uno de los criterios básicos para distinguir entre obra complementaria y modificación contractual.

En efecto y como bien se ha dicho, mientras que la modificación surge como un aspecto interno del contrato, haciéndola necesaria e imprescindible para la ejecución de la obra total, las obras accesorias son externas al contrato, por lo que su no realización no menoscaba el resultado del primer contrato. En este sentido, la característica de la modificación es su necesidad, frente a la mera conveniencia de las obras accesorias o complementarias. La obra accesoria, por consiguiente, no implica que sin ella la obra principal siga siendo completa, es decir, susceptible al uso general o servicio público. A su vez, la modificación se materializa en un proyecto reformado, es decir, en una variación del proyecto primitivo y trasciende al contrato, produciendo una novación del mismo. Por el contrario, la obra accesoria o complementaria no innova el contrato principal sino que ha de ser objeto de contrato independiente. Por ello, el contrato complementario tiene que adjudicarse conforme a los procedimientos que correspondan legalmente. Aun en los supuestos en los que se permite su ejecución por el contratista principal, la adjudicación implica un nuevo contrato⁵¹.

De esta forma, puede decirse que no han de considerarse como modificaciones del contrato sino como obras accesorias o complementarias, aquellas ampliaciones de su respectivo objeto contractual que no puedan integrarse al proyecto inicial mediante un

Las obras complementarias, que se pueden separar de las principales y no han de estar previstas en el contrato, han de ser objeto de una contratación independiente, mientras que en la modificación del contrato se mantiene el originario, por lo que no hay que celebrar ninguno nuevo. Si concurren determinados requisitos la ley prevé que las obras complementarias se adjudiquen al contratista primitivo, en otro caso será inevitable acudir a los procedimientos de adjudicación abiertos o restringidos que corresponda. Mas en uno y otro caso surgen contratos independientes al principal” (Rollón Muñoz, Julián, *op. cit.*, p. 1325).

⁵¹ Horgué Baena, Concepción, *op. cit.*, p. 101.

A ello se ha sumado que: “Junto a la figura de la ‘modificación del contrato’, muy unida a la misma, nos encontramos con otra figura muy similar, de difícil diferenciación a veces, las ‘obras complementarias’.

Para el Consejo de Estado la diferencia entre ambas figuras estriba en que ‘la modificación de obra’ o bien incorpora ‘unidades nuevas’ al proyecto por ser necesarias para lograr la finalidad asignada al mismo, o bien hay que ‘cambiar la forma de ejecutar la obra’ por ser imposible su ejecución tal como establece el proyecto. De ahí la denominación de ‘reformado’ a la ‘modificación del contrato de obras’, porque lo que se modifica es el proyecto, ‘reformado del proyecto’.

Por el contrario, las ‘obras complementarias’ son un añadido al proyecto primitivo, ‘convenientes’ para mejorar su eficacia, pero ‘no imprescindibles’ para la entrega al uso público de la obra principal, porque de serlo se trataría de una ‘modificación de obra’.

Con arreglo a la doctrina de este Consejo, la diferencia básica entre la ‘modificación de obra’ y ‘las obras complementarias’ estriba en que, en el primer caso (‘modificación de obra’), debe tratarse de ‘unidades de obras nuevas, pero cuya ejecución resulte necesaria para llevar a buen fin el proyecto primitivo, o cuando sea precisa dicha modificación por resultar imposible su ejecución en la forma inicialmente prevista’. En el segundo caso (‘las obras complementarias’), ‘la ejecución de las obras complementarias no debe ser necesaria para el buen fin del proyecto, se trata, por lo tanto, de añadidos no esenciales al mismo, por más que puedan resultar muy convenientes’ (dictamen del 15 de diciembre de 1983, Nº 45.942). Tales criterios han sido mantenidos por este Alto Cuerpo Consultivo en otras ocasiones, si bien añadiendo, en algún supuesto, el de la ‘interrelación física’ de las obras nuevas con las originales (Dictamen del 29 de noviembre de 1984, Nº 47.127), el de su posible ‘utilización separada’ y las ‘dificultades técnicas de adjudicación y ejecución independientes’ (Dictamen del 24 de julio de 1985, Nº 48.034)” (Menéndez Gómez, Emilio, *op. cit.*, pp. 377-378).

adecuado reajuste del mismo, o que resulten externas y no internas al contrato, o que consistan en distintas prestaciones susceptibles de uso o aprovechamiento independiente, necesarias pero no indispensables para lograr su finalidad principal, las que por ende deben regirse por las previsiones contempladas para contratar las prestaciones complementarias, esto si no se superan los topes de ley y concurren las otras circunstancias especialmente previstas para ello⁵².

⁵² En otras palabras: “La diferencia entre ‘obras complementarias’ y ‘modificación’ no aparece de forma clara en todos los casos en que se acaba alterando el proyecto primitivo. Con criterio general, el ‘Consejo de Estado’ ha indicado que son criterios aplicables para la distinción entre una y otra la posibilidad de ‘utilización separada de las obras nuevas’, su ‘necesidad en relación al proyecto inicial’ y las ‘dificultades técnicas de adjudicación y ejecución independientes’.

‘Nuevo contrato/nueva licitación’. Con arreglo al marco legal, las ‘obras complementarias que no figuren en el proyecto, ni en el contrato’ han de constituir objeto de un nuevo contrato, que podrá ser ‘adjudicado por el procedimiento negociado sin publicidad’ cuando concurren las circunstancias que en dicho precepto se establecen, y en los restantes supuestos ‘habrá de ser objeto de contratación independiente’”. Como se expuso en el dictamen del Consejo de Estado N° 424/92, del 2 de abril de 1992 (que recoge la doctrina de muchos otros, como los Nros. 45.942, 47.127 y 48.034), “la diferencia entre obras complementarias y modificaciones de obras no aparece clara en todos los casos y son criterios aplicables para la distinción entre una y otra ‘la posibilidad de utilización separada de las obras nuevas y su necesidad en relación con el proyecto original, entre otros’. A juicio del Consejo de Estado, no se trata de ‘obras complementarias’ las contempladas en el expediente. Las obras sobre las que versa este expediente no son susceptibles de utilización separada y son absolutamente indispensables para la ejecución del proyecto inicial, al consistir en la sustitución de un elemento de obra originaria por otro que cumple idéntica función (sustitución de la losa drenada por la losa anclada impermeable resistente a la subpresión), variando tan sólo la solución arquitectónica” (Dictamen N° 3357/2003, del Consejo de Estado).

Podemos decir que una obra es “complementaria”, accesoria de otra obra, la “principal”: a) Cuando la utilización conjunta de ambas obras sea “conveniente” para satisfacer una “necesidad de interés público”; b) Sea posible la “utilización separada” de ambas obras; y c) “No sea imprescindible” para la entrega al uso público de la obra principal. De no darse estos tres requisitos, estaremos ante una verdadera “modificación contractual”.

“Diferencias entre modificados y obras complementarias”: Para determinar si se trata de una “simple modificación contractual” o en su caso de un proyecto de “obras complementarias”, hay que atender a la posible “utilización separada de las nuevas obras”, a su “necesidad en relación con el proyecto inicial” y a las “dificultades técnicas de adjudicación y ejecución independientes”, así como a la “interrelación física entre las obras y la necesidad de su introducción para llevar a buen fin el proyecto”, con la mayor satisfacción posible de los intereses generales (Sentencia del Tribunal Supremo del 7 de julio de 1998) (RJ 1998, 5744).

Podemos sintetizar, pues, las características principales de las “obras complementaria” en las siguientes: a) “Obras nuevas/proyecto nuevo”: Se trata de “obras necesarias, no esenciales”, debido a circunstancias imprevistas, que dan lugar a un “proyecto nuevo” que, aunque interrelacionado y dependiente de la obra principal, va a dar lugar a un “nuevo contrato”. Se consideran “obras necesarias” las que no pueden separarse técnica o económicamente del contrato principal sin causar mayores inconvenientes a la Administración, o que pudiendo separarse sean estrictamente necesarias para el perfeccionamiento de la obra principal.

“Modificados/obras complementarias”: El pacto para ejecutar “obras complementarias” es un “contrato distinto” del de ejecución del “proyecto principal”, mientras que los “modificados” no son sino “alteraciones del vínculo primitivo” (Dictamen N° 839, del 15 de junio de 1993, del Consejo de Estado).

Al ser una “obra nueva” que da lugar a un “contrato nuevo”, su tramitación requiere el cumplimiento íntegro de los requisitos para los contratos que establece la ley, salvo la publicidad, de adjudicarse al contratista de la “obra principal” por no rebasar, cumpliendo con los otros requisitos, los topes y porcentuales legalmente establecidos respecto del precio primitivo del contrato;

V. Conclusión.

Tal como hemos visto y tratado de explicar a lo largo de este humilde trabajo, la autoridad administrativa competente tiene la facultad de modificar los contratos administrativos que celebra, en tanto y en cuanto ello sea requerido por los intereses generales de la comunidad, a los cuales siempre se encuentra destinada a servir y resguardar, en un contexto de sano equilibrio de justicia y equidad con los derechos y libertades de los particulares.

Sin embargo, es evidente que en el ejercicio de dicha facultad, la autoridad administrativa competente no puede obrar de modo discrecional, caprichoso o arbitrario, sino limitada exclusivamente por los intereses generales a los que hemos hecho referencia, y siempre por los principios de legalidad, razonabilidad, buena fe y justicia que la condicionan en cuanto a tal.

Esto exige que dicha autoridad administrativa, a la hora de modificar el contenido de los contratos administrativos que haya celebrado, siempre deba hacerlo fundada en razones vinculadas con los intereses generales de la sociedad. A su vez, dichos intereses deben encontrar como fundamento razones serias y objetivas, debida y adecuadamente indemnizadas al particular afectado, motivadas en el expediente administrativo de que se trata, y sin que se altere la sustancia del contrato originalmente celebrado entre las partes. Lo que lisa y llanamente exige que cualquiera que hubiese sido el que haya resultado adjudicatario original del procedimiento contractual que le da sustento, haya tenido las mismas posibilidades en el marco de las modificaciones ahora propiciadas para hacerse acreedor de las mismas, sin que ellas impliquen por lo tanto una ventaja o perjuicio injusto.

b) “Obras no esenciales”: Las “obras complementarias” son obras con entidad propia, que mantienen con la obra principal una “relación causal” de dependencia, siendo un añadido “no esencial” a la misma, por más que resulten muy convenientes para satisfacer una necesidad de interés público. Por eso se dice que son “complementarias/accesorias” de la principal. Si fuesen “esenciales” para el buen término de la obra principal, entonces estaríamos hablando de un “modificado” del contrato;

c) “Circunstancias imprevistas”: La necesidad de elaborar un “nuevo proyecto” se tiene que deber a “circunstancias imprevistas”, y no a la mera conveniencia de la Administración para eludir la tramitación de un “modificado”, al superarse el 20 % del contrato primitivo de la obra principal, lo que podría representar un auténtico fraude de ley;

d) “Otros rasgos distintivos”: El Consejo de Estado también ha establecido otros criterios como el de “interrelación física” de las obras nuevas con las originales (Dictamen Nº 47.127/1984, del 29 de noviembre de 1984), el de su posible “utilización separada” y las “dificultades técnicas de adjudicación y ejecución independientes” (Dictamen Nº 48.034/1985, del 24 de julio de 1985, del Consejo de Estado).

“Las obras complementarias”, dada su accesoriedad respecto de la obra principal, no pueden aprobarse y adjudicarse por el Órgano de Contratación, una vez que “se haya terminado el contrato” de la “obra principal”, bien por “cumplimiento”, es decir, porque terminada la obra, ha quedado extinguido el vínculo contractual, o se halla llevado a cabo o no el “acto de recepción”, bien por “resolución”, bien por “nulidad contractual”. Porque, si ya hubiera “finalizado/extinguido” la obra principal, ¿a qué obra “complementará” la “obra complementaria”?

No obstante, de ser “necesaria la ejecución de la obra”, el Órgano de Contratación no tiene ningún problema, eso sí, deberá tramitar un nuevo expediente de “obra nueva” y proceder a su licitación (Menéndez Gómez, Emilio, *op. cit.*, pp. 402-405).

tificado para alguna de las partes u otros potenciales oferentes, tendiente a quebrantar los principios de publicidad, igualdad y concurrencia que como es sabido caracterizan a todo contrato administrativo y a su respectivo procedimiento previo que le da sustento.

Dicho ello, nos ha parecido a su vez interesante como objetivo de este trabajo delinear y tratar de aportar algunas simples ideas tendientes a diferenciar las aludidas modificaciones del contrato administrativo de obra, de las llamadas obras accesorias, adicionales o complementarias.

De esta forma, y siempre con sustento en lo antes visto, podemos decir que, como regla y principio general, las modificaciones contractuales son de orden interno al contrato, indispensables para lograr que el mismo cumpla la finalidad buscada y al que en definitiva reforman, no pudiendo por otra parte dichas modificaciones ser utilizadas en forma separada con respecto al resto de la obra principal, sino decididas con sustento en razones imprevistas y sobrevinientes, ajenas a la voluntad de las partes, y debiendo ser adecuadamente motivadas, indemnizadas para con la parte afectada, y siempre sin desvirtuar la sustancia o la esencia misma del contrato principal, dentro de un contexto de adecuada razonabilidad y buena fe al que originalmente ha sido tenido en cuenta por las partes al momento de celebrarlo.

En cambio, las obras adicionales o complementarias se presentan esencialmente como trabajos externos al contrato principal, nuevos trabajos que van a dar lugar a un nuevo proyecto y, por ende, a un nuevo contrato, susceptibles de uso o aprovechamiento independiente, si bien no absolutamente indispensables para que la obra principal alcance el fin buscado, muy necesarias y convenientes para esa misma finalidad. En consecuencia, siendo dichas obras susceptibles de uso y aprovechamiento separado pero potenciado en la inteligencia global de la obra a la cual acceden, las mismas han de ser vigentes y eficaces, en tanto encuentren como fundamento causas objetivas e imprevistas vinculadas con los intereses generales de la comunidad, ajenas a la voluntad de las partes, se respeten los topes legalmente establecidos para su procedencia, y se encarguen al mismo contratista de la obra principal, esto en la medida en que se cumplan con los otros requisitos que antes fueran indicados, y por supuesto el contratista original resulte bien capacitado para llevar a buen cumplimiento la obra nueva de que se trata.

A su vez, en ese marco nos parece interesante para terminar con este breve trabajo, poner de resalto, como bien se ha dicho, la importancia que tiene en esta instancia velar por el cuidado y tiempo adecuado para redactar a conciencia y con seriedad y diligencia los documentos que van a formar la base de los procedimientos en cuyo marco luego han de incardinarse las diversas obras a realizar. Esto, por ejemplo, para que luego la posibilidad de que surjan eventuales imprevistos a la hora de ejecutar el contrato ya celebrado, encuentren como fundamento causas objetivas de necesidad, real y efectivamente imprevistas, independientes a la voluntad de las partes, y tendientes tanto una como otra a pensar mucho y muy bien lo que se debe proyectar para después ejecutar con sencillez y rapidez, y para que al momento de llevar adelante el contrato no surjan verdaderos imprevistos no justificados, netamente de ventaja, tendientes a desnaturalizar la esencia del primitivo contrato, sobre la base ya sea de adicionales o de modificaciones de obra,

desvinculados de los principios rectores que les deben dar surgimiento y por los cuales dichas facultades en rigor se establecen.

En concreto, este ha sido el humilde objetivo buscado con el presente trabajo, que esperamos haya gustado y sirva a sus posibles y potenciales lectores, agradeciendo desde ya el tiempo y voto de confianza implicado en su simple lectura.

VI. Bibliografía.

– Ariño Sánchez, Rafael, “Modificaciones de los contratos”, en Gaspar Ariño Ortiz y Asociados, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, T. II, “La gestación del contrato”, Granada, 2003, pp. 803-831.

– Baño León, José María, “Del ius variandi a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos”, en *Anuario del Gobierno Local*, Madrid, mayo de 2013, pp. 141-151.

– Barra, Rodolfo Carlos, *Contrato de obra pública. Parte general. Consorcios. Concesión de obra pública*, T. I, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1984.

– Barra, Rodolfo Carlos, *Contrato de obra pública. Precio. Certificación. Mora. Intangibilidad de la remuneración*, T. III, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1988.

– Beltrán, Gambier, “El principio de igualdad en la licitación pública y la potestad modificatoria en los contratos administrativos”, en *Derecho administrativo en homenaje a Miguel S. Marienhoff*, Juan Carlos Cassagne (director), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, Lexis Nexis Online, pp. 1-16.

– Bercaitz, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1980.

– Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, T. II, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1955.

– Brewer Carías, Allan R., “La facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos. (Con especial referencia a los contratos de obras públicas en el derecho venezolano)”, en *Revista de Derecho Español y Americano*, Madrid, 1968, Año XIII, enero-marzo, pp. 101-117.

– Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Editorial AbeledoPerrot, 2009.

– Catalá Martín, José Vicente (coordinador), *La contratación de las Administraciones públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Madrid, Editorial Thomson–Civitas, 2008.

– Cosculluela Montaner, Luis, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, Editorial Civitas, 1996.

- Delpiazzo, Carlos E., *Contratación administrativa*, Montevideo, Ediciones Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, 1999.
- Diez, Manuel María, *Derecho administrativo*, T. III, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Omeba, 1967.
- Dromi, Roberto, “Excepciones a la licitación pública por monto menor y trabajos adicionales”, en *El Derecho* – T. 59, 1975.
- Druetta, Ricardo Tomás y Guglielminetti, Ana Patricia, *Ley N° 13.064 de Obras Públicas - Comentada y anotada*, Buenos Aires, Editorial AbeledoPerrot, 2008.
- Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, T. II, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1977.
- Gallego Córcoles, Isabel, “La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública”, *X Congreso AEPDA*, Online, pp. 1-58.
- Gallego Córcoles, Isabel, “¿Qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público?”, en *Revista de Contratación Administrativa Práctica* N° 110, julio de 2011, pp. 1-10.
- Horgué Baena, Concepción, *La modificación del contrato administrativo de obra. El ius variandi*, Madrid, Editorial Marcial Pons – Instituto Universitario de Derecho Público “García Oviedo”, 1997.
- Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, T. III–A, Buenos Aires, Editorial AbeledoPerrot, 1994.
- Martín Rebollo, Luis, “Modificación de los contratos”, en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Rafael Gómez-Ferrer Morant (director), Madrid, Editorial Thomson–Civitas, 2004, pp. 575-/659.
- Menéndez Gómez, Emilio, *Contrato del sector público: contrato de obras públicas*, Madrid, Editorial ThomsonAranzadi, 2008.
- Mó, Fernando F., *Régimen legal de las obras públicas – Doctrina, legislación y jurisprudencia*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1966.
- Moreno Gil, Oscar, *Contratos administrativos – Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Editorial Thomson–Civitas, 2008.
- Moreno Molina, José Antonio y Pleite Guadamillas, Francisco, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, Madrid, Editorial La Ley, 2010.
- Rollón Muñoz, Julián, *Comentarios a la legislación de contratos de las Administraciones públicas*, T. II, Emilio Jiménez Aparicio (Coordinador), Madrid, Editorial Thomson–Aranzadi, 2009, pp. 895-946.
- Sarmiento García, Jorge H., “Sobre el contrato de obra pública en la legislación de Mendoza”, en Nicolás Catena S.A., *Mundo Jurídico – Doctrina*, pp. 61-78.
- Spota, Alberto A., *Tratado de locación de obra*, T. I, Buenos Aires, Ediciones Arayu – Librería Editora Depalma S.A.C. e I., 1952.

–Vázquez Mantilla, Francisco Javier, “Régimen Jurídico de las Obras Complementarias en la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista de Contratación Administrativa Práctica* Nº 94, febrero de 2010, pp. 54-62.

–Vázquez Mantilla, Francisco Javier, “La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE del 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 143, julio–septiembre de 2009, pp. 529-562.

–Villar Ezcurra, José Luis y Marfá Badaroux, Jaime, “Prerrogativas de la Administración”, en Gaspar Ariño Ortiz y Asociados, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, T. II, “La gestación del contrato”, Granada, 2003, pp. 783-822.