**CCE-DES-FM-17**

**DISEÑOS, ESTUDIOS Y OBRA – Contratación – Viabilidad del proyecto**

Previo a la apertura de un procedimiento de licitación pública para la contratación de una obra pública, la entidad estatal debe contar con «los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental», como lo establece el artículo 25.12 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011. El referido artículo 87 dispone que, cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, previo a la apertura del proceso de selección, o a la firma del contrato, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. (…)

De acuerdo con esta disposición, para adelantar el procedimiento de selección para ejecutar una obra pública, se requerirá que al menos consten los estudios de viabilidad del proyecto. No obstante, no se impide que en un mismo proceso de contratación se adelante de forma conjunta el proceso de construcción de la obra y la elaboración de los estudios y diseños que expliquen con mayor detalle las obras y estructuras que se requieran, de tal forma que un constructor pueda materializar el proyecto, pues solo se requiere que existan unos estudios de viabilidad.

**CONTRATO DE OBRA – Modalidad llave en mano – Definición**

La definición del contrato de obra pública está prevista en el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como aquel celebrado por una entidad estatal, cuyo objeto sea la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. (…)

Cuando en este contrato el contratista se obligaba a ejecutar la obra desde la fase inicial de diseño, y hasta la puesta en marcha, podemos afirmar que se trata de un contrato de obra bajo la modalidad de llave en mano. En efecto, según la «Guía para Procesos de Contratación de Obra Pública» expedida por la Agencia, esta es una modalidad en la cual «el contratista se compromete a realizar todas las labores relacionadas con la obra incluyendo los diseños, estudios de factibilidad, construcción, contratación del personal, instalaciones y suministros y la contraprestación a cargo del contratista es la obra terminada y en funcionamiento». De este modo, resulta claro que el contrato de obra «llave en mano» es un sistema de contratación para construcción de obras, en el que «el contratista se compromete a llevar a cabo una obra totalmente, incluyendo estudios previos, diseños, suministro de equipos, ejecución de la obra en condiciones tales que, al finalizar la labor, le permita al contratante la puesta en marcha de obra en el momento en que se efectúe su entrega».

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Contratos de obra – Modalidad llave en mano**

el contrato de obra previsto en el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 puede ejecutarse mediante la modalidad denominada «llave en mano», en la cual además de la obligación típica de estos contratos de realizar los trabajos materiales sobre el bien inmueble, se incluyen otras prestaciones relacionadas con la elaboración de estudios y diseños, suministros de equipos y todas aquellas necesarias para la puesta en marcha de la obra. Sin embargo, la incorporación de estas actividades no desnaturaliza la condición de obra pública del contrato. (…)

En este sentido, los contratos de obra bajo la modalidad llave en mano deben incluir todas las cláusulas que acuerden las partes para la ejecución de este, así como aquellas que, por su naturaleza, son obligatorias a los contratos de obra, como lo son las cláusulas excepcionales. (…)

**DOCUMENTOS TIPO – Agua potable y saneamiento básico – Modalidad llave en mano**

El artículo 1 Ley 2022 de 2020 otorgó a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente la competencia para adoptar los documentos tipo. Así mismo, reiteró la obligatoriedad del uso de los documentos tipo para todas las entidades públicas sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública ‒EGCAP‒. Esto significa que los documentos tipo son una fuente obligatoria para las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993 al momento de adelantar los procesos de selección contractual, teniendo en cuenta el ámbito de aplicación de estos. Así, en desarrollo del artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, esta Agencia expidió las Resoluciones 248 y 249 del 1 de diciembre de 2020. Mediante estos actos administrativos se adoptaron los documentos tipo para licitación de obras públicas de infraestructura de agua potable y saneamiento básico y los documentos tipo para licitación de obras públicas de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, en modalidad llave en mano, respectivamente

[...], estos documentos tipo tienen por objetivo una tipología contractual específica: la obra pública para los proyectos de infraestructura de agua potable y saneamiento básico y, en particular, la Resolución Nro. 249 de 2020 se refiere al contrato de obra bajo la modalidad de llave en mano.

De conformidad con la parte considerativa de dicha resolución y la memoria justificativa, estos documentos tipo se expiden en la modalidad de llave en mano, ya que son una solución eficaz para reducir costos y plazos de transacción en la licitación de obras, pues en un solo proceso se lleva a cabo la licitación del diseño de las obras y su construcción, responsabilizando al contratante de la planeación de la obra y reduciendo los riesgos asociados con «errores de diseño» que son una causa normal de sobrecostos

Bogotá D.C., **21/07/2021 16:51:37**

****

Señor

**Javier Otalora Romero**

Villavicencio, Meta

 **Concepto C ‒ 359 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | DISEÑOS, ESTUDIOS Y OBRA – Contratación – Viabilidad del proyecto / CONTRATO DE OBRA BAJO LA MODALIDAD LLAVE EN MANO – Naturaleza / CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Contratos de obra bajo la modalidad llave en mano / DOCUMENTOS TIPO – Agua potable y saneamiento básico bajo la modalidad llave en mano  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210608005003 |

Estimado señor Otálora:

En ejercicio de la competencia o torgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, a través de la Subdirección de Gestión Contractual, responde su consulta del 8 de junio 2021.

1. **Problema planteado**

Usted realiza las siguientes preguntas: i) «que viabilidad tiene un proceso que esté inmerso diseño y obra […], además que no se puede aplicar las cláusulas excepcionales ya que es un contrato atípico y no está contemplado en el artículo 14 de la ley 80 de 1993» y ii) «Que fundamento jurídico tiene el pliego tipo de infraestructura de agua potable y saneamiento llave en mano, ya que la ley 80 de 1993 prohíbe que fluctúen diseño y obra y porque tiene este documento tipo clausulas excepcionales si no lo contempla la ley».

1. **Consideraciones**

Para responder a sus interrogantes se estudiarán los siguientes temas: i) la posibilidad de celebrar contratos que incluyan la elaboración de estudios, diseños y la construcción de la obra, ii) las cláusulas excepcionales en los contratos de obra bajo la modalidad de llave en mano y, iii) los «Documentos Tipo» para los procesos de licitación de infraestructura de agua potable y saneamiento básico en la modalidad llave en mano.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se refirió a la noción y explicó cuál es el objeto y las características del contrato de obra pública en los conceptos 4201913000008014 del 24 de diciembre del año 2019, C-530 del 13 de agosto de 2020 y C-038 del 5 de abril de 2021. Además, en los conceptos 4201912000005784 del 7 de octubre de 2019, C-702 del 11 de diciembre de 2020, C-177 del 26 de abril de 2021 y C-255 del 1 de junio de 2021, estudió la figura del contrato llave en mano. La tesis desarrollada en esos conceptos se reitera a continuación.

**2.1. Posibilidad de celebrar contratos que incluyan en su objeto la elaboración de estudios, diseños y la construcción de la obra**

Previo a la apertura de un procedimiento de licitación pública para la contratación de una obra pública, la entidad estatal debe contar con «los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental», como lo establece el artículo 25.12 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011. El referido artículo 87 dispone que, cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, previo a la apertura del proceso de selección, o a la firma del contrato, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Por ello, la norma dispone lo siguiente:

Artículo 87. Maduración de proyectos. El numeral 12 del artículo [25](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#25) de la Ley 80 de 1993 quedará así:

12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.

De acuerdo con esta disposición, para adelantar el procedimiento de selección para ejecutar una obra pública, se requerirá que al menos consten los estudios de viabilidad del proyecto. No obstante, no se impide que en un mismo proceso de contratación se adelante de forma conjunta el proceso de construcción de la obra y la elaboración de los estudios y diseños que expliquen con mayor detalle las obras y estructuras que se requieran, de tal forma que un constructor pueda materializar el proyecto, pues solo se requiere que existan unos estudios de viabilidad.

De hecho, tampoco fue la intención del legislador prohibir la celebración de estos contratos que incluyan los estudios, diseños y la construcción en un mismo objeto. En efecto, en el informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley No. 142 de 2010, «por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública», se resaltó la importancia de adoptar medidas para evitar la improvisación de la contratación, exigiendo que para los contratos de obra se deben contar con estudios de ingeniería básica, sin perjuicio de los llamados contratos llave en mano:

C. Se toman medidas para evitar la improvisación en la contratación pública. El proyecto exige que para la celebración de contratos de obra o de concesión que involucren obras, se deba contar con estudios suficientes de ingeniería básica con el alcance que establezca el reglamento. Ello garantizará que se cuente de manera previa con los estudios, diseños y demás elementos de juicio que garanticen una correcta ejecución, para que no se malgasten los recursos públicos en proyectos inocuos*. Todo ello sin perjuicio de los llamados contratos “llave en mano”, esto es, aquellos que tengan por objeto la contratación integral de diseño y construcción,* en cuyo caso los estudios previos deberán ser suficientes para ese propósito[[1]](#footnote-2). (Énfasis fuera del texto)

Lo expuesto se reflejó en el texto inicial del proyecto de ley, cuyo artículo 90 se refería expresamente a los contratos que contemplaran en un mismo objeto el diseño y la construcción[[2]](#footnote-3). Aunque la redacción del texto sufrió varias modificaciones a lo largo del trámite legislativo y su contenido inicial no es igual al contemplado en el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, la motivación de esta norma no cambió, pues su finalidad es evitar la improvisación en los contratos de obra y no la prohibición de celebrar contratos con objeto de diseños y construcción. Es por ello que se exige que estos tengan unos estudios suficientes que permitan determinar la viabilidad del proyecto.

 Inclusive de la misma redacción del artículo 87 de la Ley 1474 de 2011 puede concluirse que es posible la celebración de estos contratos. De hecho, el inciso final de esta norma dispone que «Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan *dentro del objeto el diseño*» (Énfasis fuera del texto). De lo anterior puede interpretarse que al citar la frase «dentro del objeto», se refiere al contrato de obra, es decir, cuando se celebren contratos de obra y de diseño en un mismo objeto, de manera que, la exigencia de contar con la viabilidad del proyecto se puede extender a estos contratos.

 Lo anterior es coherente con lo previsto en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, el cual señala que, dentro de los estudios previos, cuando el objeto de contratación incluye el diseño y construcción, se requieren los documentos técnicos del proyecto[[3]](#footnote-4). En este sentido, de forma expresa, se prevé la posibilidad de que en un mismo proceso de contratación se adelante la elaboración de los diseños y la construcción de una obra. En otras palabras, debe quedar claro que la consagración de la obligación contractual a cargo del contratista de obra de realizar los estudios y diseños para la obra pública constituye una de las formas en las que se satisface plenamente el deber legal de contar, de manera previa a la apertura de un procedimiento de licitación pública para la contratación de una obra pública, con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental[[4]](#footnote-5).

Ahora bien, sobre la viabilidad del proyecto es importante subrayar que en materia de infraestructura de transporte en nuestro ordenamiento jurídico existen distintas fases para la elaboración y contratación de los estudios de viabilidad de un proyecto. En efecto, el artículo 12 de la Ley 1682 de 2013 define y clasifica los diversos estudios de ingeniería que se adelantan para la ejecución de los proyectos de infraestructura en: i) fase I – prefactibilidad, ii) fase II –factibilidad y iii) fase III – estudios y diseños definitivos.

En los estudios de «Fase 1. Prefactibilidad» se realiza el prediseño aproximado del proyecto, presentando alternativas y adelantando la evaluación económica preliminar recurriendo a costos obtenidos en proyectos con condiciones similares, utilizando modelos de simulación debidamente aprobados por las entidades solicitantes. En el estudio de «Fase 2. Factibilidad» debe diseñarse el proyecto y efectuar la evaluación económica final, y, además, tiene por finalidad establecer si el proyecto es factible para su ejecución, considerando todos los aspectos relacionados con el mismo. Finalmente, en el estudio de «Fase 3. Estudios y diseños definitivos» deben elaborarse los diseños detallados tanto geométrico como de todas las estructuras y obras que se requieran, de tal forma que un constructor pueda materializar el proyecto[[5]](#footnote-6).

Aunque no existen definiciones similares para las obras de infraestructura previstas en las Resoluciones 248 y 249 del 1 de diciembre de 2020, puede concluirse que, para adelantar el proceso de contratación, se requerirá contar con los estudios de prefactibilidad y factibilidad, porque es a través de estos que se verifica la viabilidad del proyecto. Debido a que los estudios de ingeniería en las fases descritas corresponden a aspectos técnicos propios del área de la ingeniera, podríamos concluir igualmente que, para verificar la viabilidad del proyecto de obra de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, la entidad deberá contar con los estudios de ingeniería correspondientes en las fases de prefactibilidad y factibilidad de acuerdo con las normas técnicas que regulan la materia.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que el artículo 28 del Código Civil dispone que «Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal». Igualmente, en el artículo 29 ibidem, también prescribe que «Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han formado en sentido diverso».

Conforme a lo anterior, las fases de prefactibilidad y factibilidad que permitan determinar la viabilidad de proyectos de obra de agua potable y saneamiento básico deben entenderse siguiendo los significados técnicos atribuidos en esta materia. En todo caso, es claro que la entidad deberá contar con los estudios de ingeniería correspondientes que permitan determinar la viabilidad del proyecto, para efectos de adelantar el proceso licitatorio.

Lo expuesto es congruente con la «Guía para Proceso de Contratación de Obra Pública» expedida por la Agencia, en la cual se indica que «las entidades estatales en la fase de planeación en procesos de contratación de obra pública debe elaborar los estudios técnicos que son los análisis necesarios para establecer la viabilidad del proyecto en cuanto corresponde a (i) estudios de ingeniería, (ii) aspectos presupuestales, (iii) establecer el impacto social, económico y ambiental, (iv) identificar los permisos, autorizaciones y licencias requeridas para la ejecución del proyecto y (v) proyectar la gestión predial»[[6]](#footnote-7).

Ahora bien, inclusive en el evento en que la entidad estatal ya cuente con estudios y diseños para la obra pública, siempre en cumplimiento del principio de planeación y con el fin de corroborar la «viabilidad» del proyecto, puede modificarlos o ajustarlos. Precisamente, en relación con este supuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado considera que:

La contratación, entendida como un instrumento para alcanzar los fines estatales y satisfacer el interés público, *hace que la administración se encuentre facultada para modificar los diseños y estudios previstos inicialmente para la ejecución de una obra pública, cuando éstos adolezcan de errores o sean insuficientes o inadecuados***,** independientemente de la responsabilidad que ello pueda generar.

Por consiguiente, si para alcanzar el objeto contractual se hace necesario corregir errores de diseño o buscar soluciones técnicas alternativas frente a eventos no previstos**,** *la administración está en la posibilidad, y en el deber jurídico, de adecuar los diseños y estudios, así ello implique la ejecución de una mayor cantidad de obra y el desarrollo de obras adicionales al objeto* contractual, máxime si, como en el caso que nos ocupa, actuar de una manera distinta puede comprometer la estabilidad misma de los trabajos.

*De lo anterior resulta claro que es un deber de la administración ordenar las modificaciones necesarias para responder por la buena ejecución* de los trabajos y el logro del fin perseguido con la contratación; es un imperativo de su gestión, al cual no puede sustraerse so pena de incurrir en responsabilidad por omisión, pues iría en contra de lo previsto en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993[[7]](#footnote-8). (Énfasis fuera del texto)

Dicho lo anterior, es un deber jurídico de la entidad estatal adecuar los diseños y estudios, cuando sea necesario, con el fin de procurar que la ejecución de la obra cumpla con las finalidades previstas. En este sentido, se corrobora que el alcance del objeto del contrato de obra pública permitiría que una de las obligaciones del contratista sea ajustar, revisar y/o modificar los estudios con que cuenta la entidad pública contratante. En el mismo sentido, la doctrina considera lo siguiente:

A menos de que el contrato se ordene, el constructor no está obligado a revisar ni a completar los diseños constitutivos del proyecto, porque el diseño y la construcción son actividades especializadas. *Pero en ocasiones el constructor es llamado a verificar y al complementar los diseños, e incluso adoptarlos como suyos. Entonces el dueño le traslada verdaderas obligaciones profesionales tocantes con la concepción misma del proyecto cuya ejecución le ha confiado* […][[8]](#footnote-9). (Énfasis fuera de texto)

En síntesis, el numeral 12 del del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, no prohíbe la posibilidad de que en un mismo proceso de contratación se adelante de forma conjunta la construcción de la obra y la elaboración de los estudios y diseños. Dicha norma exige que, previo a la apertura de un procedimiento de licitación pública para la contratación de una obra, la entidad deberá contar con estudios que permita establecer la viabilidad del proyecto, es decir, que acredite los estudios de ingeniería correspondientes que determinen un grado de maduración del proyecto que se planea desarrollar.

**2.2.** **Las cláusulas excepcionales en los contratos de obra bajo la modalidad de llave en mano**

La definición del contrato de obra pública está prevista en el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como aquel celebrado por una entidad estatal, cuyo objeto sea la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. Al respecto, en sentencia de unificación jurisprudencial de la Sala Plena del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2020[[9]](#footnote-10), la jurisprudencia considera que «[…] en términos generales, el contrato de obra pública es el celebrado con entidades de derecho público para la realización de trabajos materiales sobre bienes inmuebles […]».

Cuando en este contrato el contratista se obligaba a ejecutar la obra desde la fase inicial de diseño, y hasta la puesta en marcha, podemos afirmar que se trata de un contrato de obra bajo la modalidad de llave en mano. En efecto, según la «Guía para Procesos de Contratación de Obra Pública» expedida por la Agencia, esta es una modalidad en la cual «el contratista se compromete a realizar todas las labores relacionadas con la obra incluyendo los diseños, estudios de factibilidad, construcción, contratación del personal, instalaciones y suministros y la contraprestación a cargo del contratista es la obra terminada y en funcionamiento»[[10]](#footnote-11). De este modo, resulta claro que el contrato de obra «llave en mano» es un sistema de contratación para construcción de obras, en el que «el contratista se compromete a llevar a cabo una obra totalmente, incluyendo estudios previos, diseños, suministro de equipos, ejecución de la obra en condiciones tales que, al finalizar la labor, le permita al contratante la puesta en marcha de obra en el momento en que se efectúe su entrega»[[11]](#footnote-12).

Por lo tanto, el contrato de obra bajo la modalidad de llave en mano no se agota en la labor constructiva típica, pues incluye tanto la elaboración de los diseños como la puesta en funcionamiento de la obra contratada, lo que justifica que usualmente se establezca una contraprestación a precio global y alzado. En esta modalidad, la obra «[…] debe estar provista de todo lo que fuere necesario, según las normas técnicas aplicables, para operar en condiciones de eficiencia y seguridad […]»[[12]](#footnote-13). Además, «[…] El contrato llave en mano incluye el diseño básico y de detalle, la construcción, la adquisición e instalación de los equipos y sistemas necesarios, la transferencia al propietario de tecnología, las pruebas de funcionamiento previas a la recepción y, en algunos casos, el entrenamiento del personal del comitente y la puesta en marcha comercial […]»[[13]](#footnote-14). Estas características especiales del contrato son una solución eficaz para reducir costos de transacción y los plazos en la licitación de obras, pues en un solo proceso se lleva a cabo la licitación del diseño de las obras y su construcción, responsabilizando al contratante de la planeación de la obra y reduciendo los riesgos asociados con «errores de diseño» que son una causa normal sobrecostos.

Para la Sección Cuarta del Consejo de Estado, «En virtud del contrato llave en mano, el contratista se compromete a llevar a cabo una obra, incluyendo los estudios previos, la ejecución de la construcción, el suministro de equipos y la puesta en operación de la obra al momento de su entrega. En general, aunque el contrato llave en mano no se limita a la elaboración de una obra material, se ha considerado como una modalidad especial del contrato de obra pública o de construcción de un bien inmueble»[[14]](#footnote-15). Asimismo, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, ha señalado que «dentro de las modalidades que puede adoptar el contrato de obra, se encuentra la de “llave en mano”, negocio jurídico que en términos generales consiste en un acuerdo de voluntades en virtud del cual una parte se compromete frente a otra, a cambio de una remuneración, a diseñar, construir y poner en marcha y lista para su funcionamiento una determinada obra»[[15]](#footnote-16). La justicia arbitral también concibe el tema de la misma forma, pues tiene el siguiente entendimiento sobre la expresión «llave en mano» como una modalidad del contrato de obra:

Para evitar confusiones hay que aclarar que "llave en mano" es una modalidad de contratación. *El ámbito natural de esta modalidad es el contrato de obras, entonces esa será la clase de contrato: de obra*, en oposición a otras clases como suministro, servicios, etc. El contrato "clé en main”, implica especialización del contratista así como la obligación de este de entregar un producto plenamente terminado y en “marcha”. Para ello asume una obligación global de realizar todas las prestaciones necesarias, coadyuvantes o complementarias de la obra a realizar[[16]](#footnote-17).

Igualmente, en la doctrina se concibe como una modalidad de pago del contrato de obra en la que el contratista se compromete a realizar la totalidad de los anteproyectos, proyectos, estudios y diseños de obra requeridos y la ejecución material de las obras, instalaciones y suministros[[17]](#footnote-18).

 De lo expuesto, es claro que el contrato de obra previsto en el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 puede ejecutarse mediante la modalidad denominada «llave en mano», en la cual además de la obligación típica de estos contratos de realizar los trabajos materiales sobre el bien inmueble, se incluyen otras prestaciones relacionadas con la elaboración de estudios y diseños, suministros de equipos y todas aquellas necesarias para la puesta en marcha de la obra. Sin embargo, la incorporación de estas actividades no desnaturaliza la condición de obra pública del contrato. En otros términos, la modalidad que se emplee para la ejecución y pago del contrato de obra no determina la naturaleza de este, pues mientras el contrato contemple las actividades definidas en el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, tendrá la denominación de obra, aunque incluya otras prestaciones, como es el caso de la modalidad de llave en mano.

En este sentido, los contratos de obra bajo la modalidad llave en mano deben incluir todas las cláusulas que acuerden las partes para la ejecución de este, así como aquellas que, por su naturaleza, son obligatorias, como lo son las cláusulas excepcionales. En efecto, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 constituye la disposición central en el ordenamiento jurídico, que desarrolla el contenido y procedencia de la inclusión de las cláusulas excepcionales al derecho común, sin que dicha disposición agote todas las que existen en nuestro ordenamiento. En lo pertinente, esta norma dispone que:

Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

[…]

2°. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, *así como en los contratos de obra.* En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.

Parágrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2°. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales. (Énfasis por fuera de texto)

De lo anteriormente transcrito, se evidencia que es obligatorio incluir poderes exorbitantes, en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En estas tipologías, conforme a la clasificación del artículo 1501 del Código Civil, los poderes corresponden a cláusulas de la naturaleza, es decir, aquellas que –frente al silencio del pliego de condiciones o del contrato– forman parte del negocio en virtud de la ley[[18]](#footnote-19). Considerando la relación directa de estos contratos con la eficiente prestación de los servicios públicos, los poderes exorbitantes de este grupo son irrenunciables.

Como se desprende de lo explicado, la norma se refiere a los contratos de obra de forma genérica y no distingue si el mismo se ejecuta bajo una determinada modalidad. Por tanto, resulta plenamente aplicable al tema, el principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete. Por consiguiente, es claro que en el contrato de obra bajo la modalidad llave en mano es obligatorio la inclusión de las cláusulas excepcionales.

Bajo este contexto, no queda lugar a dudas de la posibilidad de celebrar contratos cuyo objeto contemple la elaboración de estudios, diseños y construcción de la obra, e incluir dentro de estos las cláusulas excepcionales. En consecuencia, atendiendo a su consulta, resulta pertinente analizar los fundamentos jurídicos de los documentos tipo de licitación pública para obra de infraestructura de agua potable y saneamiento básico bajo la modalidad llave en mano.

**2.3 Documentos tipo de licitación pública para obra de infraestructura de agua potable y saneamiento básico bajo la modalidad llave en mano**

El artículo 1 Ley 2022 de 2020 otorgó a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente la competencia para adoptar los documentos tipo[[19]](#footnote-20). Así mismo, reiteró la obligatoriedad del uso de los documentos tipo para todas las entidades públicas sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública ‒EGCAP‒. Esto significa que los documentos tipo son una fuente obligatoria para las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993 al momento de adelantar los procesos de selección contractual, teniendo en cuenta el ámbito de aplicación de estos.

Así, en desarrollo del artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, esta Agencia expidió las Resoluciones 248 y 249 del 1 de diciembre de 2020. Mediante estos actos administrativos se adoptaron los documentos tipo para licitación de obras públicas de infraestructura de agua potable y saneamiento básico y los documentos tipo para licitación de obras públicas de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, en modalidad llave en mano, respectivamente.

La adopción de estos proyectos se efectuó, entre otras, con el propósito de promover la pluralidad de oferentes y adoptar buenas prácticas contractuales que garanticen el adecuado manejo de los recursos públicos destinados a las obras de agua potable y saneamiento básico. De igual manera, se busca desarrollar medidas de fortalecimiento, eficiencia y transparencia que permitan realizar y aprovechar las grandes inversiones en materia de infraestructura de agua potable y saneamiento básico que se realizarán en el país. En este sentido, estos documentos tipo tienen por objetivo una tipología contractual específica: la obra pública para los proyectos de infraestructura de agua potable y saneamiento básico y, en particular, la Resolución Nro. 249 de 2020 se refiere al contrato de obra bajo la modalidad de llave en mano.

De conformidad con la parte considerativa de dicha resolución y la memoria justificativa, estos documentos tipo se expiden en la modalidad de llave en mano, ya que son una solución eficaz para reducir costos y plazos de transacción en la licitación de obras, pues en un solo proceso se lleva a cabo la licitación del diseño de las obras y su construcción, responsabilizando al contratante de la planeación de la obra y reduciendo los riesgos asociados con «errores de diseño» que son una causa normal de sobrecostos.

De esta manera, los documentos tipo adoptados mediante Resolución Nro. 249 de 2020 están dirigidos para la ejecución de contratos de obra de infraestructura de agua potable y saneamiento básico que incluyen las prestaciones de elaboración de estudios, diseños, ejecución de la obra y puesta en marcha de esta. No obstante, estos documentos no son aplicables a todos los proyectos de agua potable y saneamiento básico. En efecto, para determinar el ámbito de aplicación de los documentos tipo debe acudirse a la «Matriz 1 – Experiencia», en la que –con los cambios de la Resolución 173 del 30 de junio de 2021– se contemplan seis (6) clases de obra de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, a saber: 1) obras de acueductos, 2) obras de alcantarillado –sanitarios y/o pluviales y/o combinados–, 3) obras de aseo y/o manejo de residuos, 4) obras para PTAP –planta de tratamiento de agua potable– y/o PTAR –planta de tratamiento de aguas residuales–, 5) estudios y diseños –en el caso de proyectos que requieran labores de estudios, diseños y construcción bajo la modalidad de llave en mano– y 6) unidades sanitarias para vivienda rural dispersa. Además, estos documentos tipo solo proceden cuando el proceso de selección deba adelantarse por licitación pública y son obligatorios únicamente para las entidades que estén sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Así las cosas, teniendo en cuenta que se trata de un contrato de obra bajo la modalidad llave en mano, el «Anexo 1 - Anexo Técnico», que hace parte de los documentos tipo, incluye en el marco de ejecución contractual tres (3) etapas diferentes: i) Estudios y diseños y ii) Construcción y iii) Puesta en funcionamiento. *Grosso modo,* la primera consiste en la ejecución de todos los estudios técnicos y diseños necesarios para la ejecución de obras, teniendo en cuenta las notas técnicas especificadas por la entidad; en la segunda etapa, se establece la ejecución específica de las obras que resulten necesarias de acuerdo con la ejecución de la etapa I; por último, se contempla las actividades posteriores a la construcción para la puesta en marcha y/o pruebas de funcionamiento de la infraestructura construida para los sistemas de acueducto y/o para la puesta en marcha de la prestación del servicio. De igual manera, como se expuso, por tratarse de un contrato de obra pública bajo la modalidad llave en mano, resultan obligatorias las cláusulas excepcionales, motivo por el cual dichas cláusulas están contempladas en el «Anexo 5 – Minuta del Contrato».

**3. Respuesta**

i) «que viabilidad tiene un proceso que este inmerso diseño y obra, […] además que no se puede aplicar las cláusulas excepcionales ya que es un contrato atípico y no está contemplado en el artículo 14 de la ley 80 de 1993».

ii) «Que fundamento jurídico tiene el pliego tipo de infraestructura de agua potable y saneamiento llave en mano, ya que la ley 80 de 1993 prohíbe que fluctúen diseño y obra y porque tiene este documento tipo clausulas excepcionales si no lo contempla la ley».

Sea lo primero precisar que el numeral 12 del del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011 no prohíbe la posibilidad de que en un mismo proceso de contratación se adelante de forma conjunta la construcción de la obra y la elaboración de los estudios y diseños. Esta norma exige que, previo a la apertura de un procedimiento de licitación pública para la contratación de una obra, la entidad cuente con estudios que permitan establecer la viabilidad del proyecto, es decir, que acredite los estudios de ingeniería correspondientes que determinen un grado de maduración sobre el proyecto planeado. Lo anterior, es coherente con el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, el cual señala que, dentro de los estudios previos, cuando el objeto de contratación incluye el diseño y construcción, se requieren los documentos técnicos del proyecto. Por lo tanto, los estudios, diseños y la construcción de la obra pueden contratarse conjuntamente a través de un contrato de obra en la modalidad de «llave en mano».

Estos contratos corresponden a una modalidad de obra en el que «el contratista se compromete a llevar a cabo una obra totalmente, incluyendo estudios previos, diseños, suministro de equipos, ejecución de la obra en condiciones tales que, al finalizar la labor, le permita al contratante la puesta en marcha de obra en el momento en que se efectúe su entrega». Sin embargo, la incorporación de estas actividades no desnaturaliza la condición de obra pública del contrato, pues, se reitera, se trata de una modalidad de dicho contrato.

En este sentido, los contratos de obra bajo la modalidad llave en mano deben incluir todas las cláusulas que acuerden las partes para la ejecución de este, así como aquellas que, por su naturaleza, son obligatorias a los contratos de obra, como lo son las cláusulas excepcionales, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Debe precisarse, que debido a que la norma se refiere de forma genérica a los contratos de obra y no distingue si el mismo se ejecuta bajo una determinada modalidad, resulta plenamente aplicable al tema el principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete.

Ahora bien, en desarrollo del artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, esta Agencia expidió la Resolución No. 249 del 1 de diciembre de 2020, mediante la cual se adoptan los documentos tipo para licitación de obras públicas de infraestructura de agua potable bajo la modalidad llave en mano. De conformidad con la parte considerativa de dicha resolución y la memoria justificativa, estos documentos tipo se expiden en la modalidad de llave en mano, ya que son una solución eficaz para reducir costos de transacción y plazos en la licitación de obras, pues en un solo proceso se lleva a cabo la licitación del diseño de las obras y su construcción, responsabilizando al contratante de la planeación de la obra y reduciendo los riesgos asociados a «errores de diseño» que constituyen una causa frecuente de sobrecostos. Así las cosas, estos documentos tipo se adoptan en desarrollo de la Ley 2022 de 2020 y con fundamento en todas las normas del sistema de compras y contratación pública.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Tatiana Baquero IguaránContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Gaceta del Congreso de la República No. 784/10. Disponible en <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2010/gaceta_784%20%20.pdf> [↑](#footnote-ref-2)
2. Artículo 90. *Maduración de proyectos.* El numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 quedará así: Con la debida antelación a la apertura del proceso de selección, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y el proyecto de pliegos de condiciones según corresponda. Los procesos de selección que tengan por objeto la realización de una obra o la celebración de un contrato de concesión que involucre obra, solamente podrán iniciarse cuando la entidad contratante haya terminado la etapa de preinversión que incluya los estudios de ingeniería básica de prefactibilidad y factibilidad de los respectivos objetos contractuales, con el alcance que para los mismos establezca el reglamento. Se exceptúan de esta regla los procesos cuando el objeto del contrato se extienda al diseño y a la construcción, caso en el cual los estudios de prefactibilidad y factibilidad atenderán a ese objeto. [↑](#footnote-ref-3)
3. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.2.1.1**.** Estudios y documentos previos***.*** Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección: «[…] 2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, *y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto* [...]» (Cursivas fuera de texto). [↑](#footnote-ref-4)
4. Al respecto, la doctrina considera que «[…] resulta legalmente posible que se contrate en un mismo proceso el diseño de la obra y su ejecución, en la medida que los estudios previos realizados por la entidad soporten esa necesidad, lo que resulta consistente con la frase final del numeral 2° del artículo 20 del Decreto 1510 de 2013, al disponer que cuando el objeto a contratar comprenda el diseño y construcción de la obra, deberán publicarse los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto […]» (Cfr. SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho público contractual: Bogotá: Legis, 2014. p. 6). Es necesario tener en cuenta que el artículo 20 del Decreto 1510 de 2013 actualmente está compilado en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 399 del 2021. [↑](#footnote-ref-5)
5. Ley 1682 de 2013: «Artículo 12. En lo que se refiere a la infraestructura de transporte terrestre, aeronáutica, aeroportuaria y acuática, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

»Estudios de Ingeniería. Sin perjuicio de lo previsto en la Ley [1508](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1508_2012.html#Inicio) de 2012 y sus decretos reglamentarios, las siguientes definiciones deben tenerse en cuenta en la preparación de los diversos estudios de ingeniería que se adelanten para la ejecución de los proyectos de infraestructura:

»Fase 1. Prefactibilidad. Es la fase en la cual se debe realizar el prediseño aproximado del proyecto, presentando alternativas y realizar la evaluación económica preliminar recurriendo a costos obtenidos en proyectos con condiciones similares, utilizando modelos de simulación debidamente aprobados por las entidades solicitantes. En esta fase se debe consultar la herramienta o base de datos que determine el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible para tal fin, dentro de la Ventanilla Integral de Trámites Ambientales en Línea (Vital). El objetivo de la fase 1 es surtir el proceso para establecer la alternativa de trazado que a este nivel satisface en mayor medida los requisitos técnicos y financieros.

»Fase 2. Factibilidad. Es la fase en la cual se debe diseñar el proyecto y efectuar la evaluación económica final, mediante la simulación con el modelo aprobado por las entidades contratantes. Tiene por finalidad establecer si el proyecto es factible para su ejecución, considerando todos los aspectos relacionados con el mismo.

»En esta fase se identifican las redes, infraestructuras y activos existentes, las comunidades étnicas y el patrimonio urbano, arquitectónico, cultural y arqueológico que puedan impactar el proyecto, así como títulos mineros en procesos de adjudicación, otorgados, existentes y en explotación.

»Desarrollados los estudios de factibilidad del proyecto, podrá la entidad pública o el responsable del diseño si ya fue adjudicado el proyecto, continuar con la elaboración de los diseños definitivos.

»Finalizada esta fase de factibilidad, la entidad pública o el contratista, si ya fue adjudicado el proyecto de infraestructura de transporte, adelantará el estudio de impacto ambiental, el cual será sometido a aprobación de la autoridad ambiental quien otorgará la licencia respectiva.

»Fase 3. Estudios y diseños definitivos. Es la fase en la cual se deben elaborar los diseños detallados tanto geométricos como de todas las estructuras y obras que se requieran, de tal forma que un constructor pueda materializar el proyecto. El objetivo de esta fase es materializar en campo el proyecto definitivo y diseñar todos sus componentes de tal manera que se pueda dar inicio a su construcción». [↑](#footnote-ref-6)
6. Guía para los procesos de contratación de obra pública, expedida por Colombia Compra Eficiente. Pág 4. [↑](#footnote-ref-7)
7. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1439 del 18 de julio de 2002. Consejera Ponente: Susana Montes de Echeverri.

 [↑](#footnote-ref-8)
8. VALLEJO, Felipe. Responsabilidad profesional en la construcción de obras. Revista Derecho Del Estado, n.º 20 (1), 97-120. [https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/706.](https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/706) pp. 106-107. [↑](#footnote-ref-9)
9. Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de unificación del 25 de febrero de 2020. Exp. 25000-23-37-000-2014-00721-01(22473) (IJ). C.P. William Hernández Gómez. [↑](#footnote-ref-10)
10. Guía para los procesos de contratación de obra pública, expedida por Colombia Compra Eficiente. Pág 9. [↑](#footnote-ref-11)
11. DIAN. Concepto No. 32082 del 30 de mayo de 2002. [↑](#footnote-ref-12)
12. PODETTI, Humberto. El contrato de construcción. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p. 248. [↑](#footnote-ref-13)
13. *Ibidem*., pp. 248-249. [↑](#footnote-ref-14)
14. Sentencia del 13 de marzo del 2018. Sección cuarta. C.P:Hector J. Romero Díaz. Exp 15009. [↑](#footnote-ref-15)
15. Sala de Consulta y Servicio Civil. 28 de marzo del 2017. C.P.Edgar González López. Rad.2331. [↑](#footnote-ref-16)
16. Laudo arbitral del 31 de mayo de 2004. Concesión Santa Marta Paraguachón V. Instituto Nacional de Vías [↑](#footnote-ref-17)
17. Matallana Camacho, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública: reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2015 – 4 edición Pág. 957. [↑](#footnote-ref-18)
18. El artículo 1501 del Código Civil prescribe lo siguiente: «Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; *son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial*; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-19)
19. El artículo 1 de la Ley 2022 de 2020 modifica el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, el cual adiciona el parágrafo 7 al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y dispone que: «La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, adoptará documentos tipo que serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

»Dentro de estos documentos tipo, se establecerán los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia, así como aquellos requisitos que, previa justificación, representen buenas prácticas contractuales que procuren el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública.

»Con el ánimo de promover la descentralización, el empleo local, el desarrollo, los servicios e industria local, en la adopción de los documentos tipo, se tendrá en cuenta las características propias de las regiones, la cuantía, el fomento de la economía local y la naturaleza y especialidad de la contratación. Para tal efecto se deberá llevar a cabo un proceso de capacitación para los municipios.

»La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente fijará un cronograma, y definirá en coordinación con las entidades técnicas o especializadas correspondientes el procedimiento para implementar gradualmente los documentos tipo, con el propósito de facilitar la incorporación de estos en el sistema de compra pública y deberá establecer el procedimiento para recibir y revisar comentarios de los interesados, así como un sistema para la revisión constante de los documentos tipo, que expida.

»En todo caso, serán de uso obligatorio los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, que lleven a cabo todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los términos fijados mediante la reglamentación correspondiente». [↑](#footnote-ref-20)