CCE-DES-FM-17

**CONTRATO DE OBRA – Noción – Alcance – Actividades – Bienes inmuebles**

[…] el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 opta por un sentido restringido, al disponer que «Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago», de manera que este tipo de contrato no aplica a los trabajos materiales realizados sobre bienes muebles. Por lo anterior, el legislador adoptó el criterio de la tipificación del contrato de obra pública a actividades realizadas sobre bienes inmuebles, admitiendo, de forma muy amplia, la ejecución de todo trabajo que tenga por objeto crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles, lo cual incluye trabajos de construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de esos mismos.

**CONTRATO DE OBRA – Modalidades de ejecución o pago – Conserva naturaleza**

[…] cabe destacar que la tipología contractual de obra, de conformidad con lo establecido en el artículo 32, numeral 1, de la Ley 80 de 1993 depende de las actividades a ejecutar en el contrato, conforme se viene señalando, sin que la «modalidad de ejecución y pago» incida en alterar la tipología contractual. En este sentido, dentro de las formas de pactar la metodología de ejecución y el precio de los contratos estatales, las partes pueden emplear distintos sistemas, como, por ejemplo, i) el «precio global» –en el que se paga «a mano alzada» el objeto del contrato–, es decir, que equivale a acordar un monto total, sin discriminar unidades; ii) los «precios unitarios» –en los cuales se suelen detallar los costos directos, diferenciándolos de los costos indirectos de administración (A), imprevistos (I) y utilidad (U)–, o iii) la «administración delegada», que consiste en la modalidad en virtud de la cual el contratista recibe unos recursos destinados a cubrir los costos de un determinado proyecto –siendo lo más común que se aplique en la ejecución de obras públicas– (recursos de inversión o entregados en administración), por cuya labor obtendrá, a título de pago, unos honorarios por la administración.

[…]

[…] la definición de si un contrato se enmarca en la tipología de obra, debe realizarse atendiendo a la noción establecida por el legislador en el artículo 32, numeral 1 de la Ley 80 de 1993, de manera que cada operador jurídico debe realizar en ejercicio de subsunción para determinar si determinado contrato cumple con los atributos establecidos en dicha disposicón.

Bogotá D.C., 25 de enero de 2021

**N° Radicado: RS20210125000423**

Señor

**NILTON JAVIER CAICEDO VIDAL**

Ciudad

 **Concepto C – 795 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CONTRATO DE OBRA – Noción – Alcance – Actividades – Bienes inmuebles / CONTRATO DE OBRA – Alcance – Modalidades de ejecución o pago – Conserva naturaleza |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20201210000516 |

Estimado señor Caicedo,

En ejercicio de la competencia otorgada 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 responde su consulta del 2 de diciembre del año 2020.

**1. Problema planteado**

Usted formuló las siguientes preguntas: «1. ¿Cuál es el alcance de la tipología contractual de obra?. 2. ¿Qué actividades pueden considerarse de obra?».

**2. Consideraciones**

Para resolver esta consulta se analizará el alcance de la tipología contractual de obra. 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 2201913000009572 y 2201913000009588 del 24 de diciembre del año 2019, así como en los conceptos C–225 del 14 de abril de 2020, C–530 del 18 de agosto de 2020 y C–702 del 11 de diciembre de 2020. La tesis expuesta en estos conceptos se reitera a continuación, en lo pertinente.

**2.1. Contrato de obra. Características y objeto**

Conforme al concepto con radicado No. 4201913000008014 del 24 de diciembre de 2019, Colombia Compra Eficiente sostiene que la obra pública es una tipología propia de los contratos estatales, entendidos estos últimos como los actos jurídicos generadores de obligaciones que han sido celebrados por alguna de las entidades estatales enlistadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Lo anterior resulta de especial relevancia, en la medida que dicho tipo contractual se diferencia de la definición y regulación prevista en el derecho privado para el contrato de confección de obra material regulado en el Código Civil.

En efecto, en las normas civiles y comerciales no existe una definición del contrato de obra. No obstante, el artículo 2053 del Código Civil se ocupa de los contratos «para la confección de una obra material» y lo tipifica como una de las clases de arrendamiento y establece reglas para diferenciarlo de la compraventa, para lo cual dispone que «Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra». Por el contrario, «Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento»; pero «Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta». En todo caso, en la medida en que los artículos 2060 y 2061 del Código disponen reglas especiales para los contratos de construcción y de arquitectura, es claro que la realización de trabajos materiales recae tanto sobre bienes muebles como inmuebles. Así, la doctrina considera que:

Puede definirse el arrendamiento de obra o contrato de confección de obra material como aquél por el cual una persona llamada artífice, se obliga, mediante cierto precio, a ejecutar una obra material. Los elementos de este contrato, fuera del consentimiento indispensable en todo contrato, son la ejecución de la obra y el precio.

Así como en el arrendamiento de cosas, el arrendador es obligado a suministrar el goce de la cosa, en el arrendamiento de obras es obligado a la ejecución de una obra material; mediante este contrato, el arrendador va a poner su trabajo al servicio de otro para transformar una sustancia en una obra nueva, que puede ser mueble o inmueble; cabe dentro de este contrato los más variados trabajos: el del sastre, del carpintero, del arquitecto, del ingeniero, etc. Lo que caracteriza entonces este contrato es que se haga una obra nueva con una sustancia mediante la transformación de ella por el trabajo del hombre[[1]](#footnote-2).

En *sentido amplio*, dado que la «obra» es un bien que crea la actividad humana, el hecho de que sea «pública» significa que es todo trabajo material en cuya creación o realización interviene el Estado. No obstante, el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 opta por un *sentido restringido*, al disponer que «Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago», de manera que este tipo de contrato no aplica a los trabajos materiales realizados sobre bienes muebles. Por lo anterior, el legislador adoptó el criterio de la tipificación del contrato de obra pública a actividades realizadas sobre bienes inmuebles, admitiendo, de forma muy amplia, la ejecución de todo trabajo que tenga por objeto crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles, lo cual incluye trabajos de construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de esos mismos[[2]](#footnote-3). De esta manera:

[…] el legislador limitó la naturaleza de los contratos de obra a las actividades de trabajos materiales exclusivamente sobre bienes inmuebles, independientemente de su modalidad de ejecución y pago. De esta forma, acogió la posición de una parte de la doctrina y del derecho comparado, que vinculan la tipificación del contrato de obra a aquellas actividades realizadas sobre bienes inmuebles.

»La ejecución de obras sobre otro tipo de bienes, no estarán regulados por el contrato estatal de obra y podrán corresponder a una prestación de servicios general, o a cualquier otra modalidad típica o atípica, nominada o innominada que pueda celebrarse entre la entidad estatal y un contratista, en los términos de la autonomía de la voluntad de las partes, de acuerdo con lo previsto en los artículos 32 y 40 de la ley 80 de 1993[[3]](#footnote-4).

 Por tanto, de conformidad con el artículo 32, numeral 1 de la Ley 80 de 1993, el contrato de obra pública no se limita a la construcción de inmuebles, pues la definición se extiende a las actividades de mantenimiento e instalación, lo cual supone un bien preexistente. Igualmente, el concepto se extiende a cualquier trabajo realizado sobre bienes inmuebles, tales como la reforma de estos bienes o su demolición.

**2.1. Delimitación de las actividades que se pueden desarrollar bajo el contrato de obra**

Como ya se expresó son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. Se observa una limitación de la naturaleza de esta tipología contractual en razón a la calidad de los bienes objeto de intervención material, es decir, su condición de bien inmueble. Cualquier otra intervención realizada sobre los bienes muebles deberá ser encauzada sobre una tipología contractual distinta, típica o atípica, que bajo las directrices normativas impuestas por el EGCAP se disponga para tal fin. Es por tanto esta, una interpretación de tipo restrictivo respecto al objeto de intervención.

La finalidad perseguida por el contrato de obra pública tiene una consideración intrínseca encaminada a crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles. En estos términos es factible determinar que operaciones tales como la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de los bienes inmuebles, se enmarcan en dicha tipología contractual. No obstante lo anterior, el tenor del numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 plantea igualmente un margen de amplitud al prescribir que también se enmarca en la tipología del contrato de obra «la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles», y para no dejar duda de la generalidad del concepto agrega «cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago». En este sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, apoyándose en la legislación española, realiza un esfuerzo por dar una mayor precisión a las actividades que se enmarcan en esta tipología contractual, indicando lo siguiente:

Sin embargo, de la norma legal colombiana no pueden extraerse en forma específica las diferentes actividades que comprende este contrato.

Para precisar el alcance general de las diferentes prestaciones que pueden incorporar un trabajo material sobre bienes inmuebles, resulta ilustrativa la clasificación de las obras de la legislación española. El artículo 232 LCSP, clasifica las obras según su objeto y naturaleza en cuatro grupos: (i) obras de primer establecimiento, reforma, restauración, rehabilitación o gran reparación, (ii) obras de reparación simple, (iii) obras de conservación y mantenimiento y (iv) obras de demolición.

Al respecto, la misma norma española define: las de establecimiento, «son las que dan lugar a la creación de un bien inmueble»; las de reforma, que abarcan las obras de «ampliación, mejora, modernización, adaptación, adecuación o refuerzo de un bien inmueble ya existente»; las de reparación, necesarias «para enmendar un menoscabo producido en un bien inmueble por causas fortuitas o accidentales, conceptuándose como gran reparación se afectan fundamentalmente a la estructura resistente y como reparación simple en caso contrario», y las de demolición, que tienen por objeto «el derribo o la destrucción de un bien inmueble»[[4]](#footnote-5).

Las actividades indicadas en el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como objeto del contrato de obra, no corresponden a un listado taxativo, como se desprende de la misma disposición, en tal sentido, se podría indicar que se trata de un listado enunciativo, pues la Administración tiene la potestad de realizar otras, las que requiera de acuerdo con sus necesidades que impliquen siempre intervención sobre bienes inmuebles. Lo anterior guarda consonancia con lo establecido en el artículo 40 de la ley 80 que dispone:

Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Así las cosas, cabe destacar que la tipología contractual de obra, de conformidad con lo establecido en el artículo 32, numeral 1, de la Ley 80 de 1993 depende de las actividades a ejecutar en el contrato, conforme se viene señalando, sin que la «modalidad de ejecución y pago» incida en alterar la tipología contractual. En este sentido, dentro de las formas de pactar la metodología de ejecución y el precio de los contratos estatales, las partes pueden emplear distintos sistemas, como, por ejemplo, i) el «precio global» –en el que se paga «a mano alzada» el objeto del contrato–, es decir, que equivale a acordar un monto total, sin discriminar unidades; ii) los «precios unitarios» –en los cuales se suelen detallar los costos directos, diferenciándolos de los costos indirectos de administración (A), imprevistos (I) y utilidad (U)–[[5]](#footnote-6), o iii) la «administración delegada», que consiste en la modalidad en virtud de la cual el contratista recibe unos recursos destinados a cubrir los costos de un determinado proyecto –siendo lo más común que se aplique en la ejecución de obras públicas– (recursos de inversión o entregados en administración), por cuya labor obtendrá, a título de pago, unos honorarios por la administración[[6]](#footnote-7).

En consecuencia, el principio de autonomía de la voluntad de las partes, reconocido en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, así como en el artículo 1.602 del Código Civil, permiten también que las entidades estatales celebren contratos de obra, pactando distintas formas de ejecución y pago. Incluso, a modo de ejemplo, en el marco de los contratos de obra también es posible elaborar los diseños, lo cual también puede incluirse dentro del alcance de las obligaciones, esto es, dentro del alcance de un mismo negocio jurídico. En efecto, en relación con lo anterior, como se indicó en el concepto C-702 del 11 de diciembre de 2020, el contrato «llave en mano» es un sistema de contratación para construcción de obras, en el que el contratista se compromete a ejecutar la totalidad de prestaciones, incluyendo estudios previos, diseños, suministro de equipos, ejecución de la obra en condiciones tales que al finalizar la labor, permita a la entidad contratante la puesta en marcha de obra en el momento en que se efectúe su entrega.

De esta manera, el contrato de obra 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 una contraprestación a precio global y alzado. En esta forma de contratación, la obra «[…] debe estar provista de todo lo que fuere necesario, según las normas técnicas aplicables, para operar en condiciones de eficiencia y seguridad […]»[[7]](#footnote-8). 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 entramiento del personal del comitente y la puesta en marcha comercial […]»[[8]](#footnote-9). Estas características especiales del contrato son una solución eficaz para reducir costos y plazos de transacción en la licitación de obras, ya que 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.

De esta manera, las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. Es claro que el sentido del EGCAP no es señalar la totalidad de actividades que se enmarcan en la tipología contractual de obra. No obstante lo anterior, se podría indicar, solo a manera descriptiva dentro de la tipificación del contrato de obra, la realización de actividades como ampliación, mejora, modernización, adaptación, adecuación o refuerzo de un bien inmueble ya existente. De igual forma, hacen parte también de este grupo aquellas necesarias para enmendar un menoscabo producido en un bien inmueble por causas fortuitas o accidentales; así como  las de demolición, que tienen por objeto el derribo o la destrucción de un bien inmueble, siendo necesario analizar en cada caso las prestaciones específicas que pretendan ejecutar, sin que la forma de ejecución o pago desnaturalicen la tipología contractual de obra. En todo caso, independientemente de las denominaciones que se le den al contrato, es necesario analizar en concreto las obligaciones y actvidades que se ejecutarán con fundamento en el acuerdo de voluntades.

De esta manera, la definición de si un contrato se enmarca en la tipología de obra, debe realizarse atendiendo a la noción establecida por el legislador en el artículo 32, numeral 1 de la Ley 80 de 1993, de manera que cada operador jurídico debe realizar en ejercicio de subsunción para determinar si determinado contrato cumple con los atributos establecidos en dicha disposicón.

**3. Respuesta**

«1. ¿Cuál es el alcance de la tipología contractual de obra?. 2. ¿Qué actividades pueden considerarse de obra?».

El alcance de la tipología contractual de obra la estableció el legislador en el artículo 32, numeral 1, de la Ley 80 de 1993. En desarrollo de dicha disposición, se puede manifestar que el contrato de obra obedece a aquel que celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. Las actividades indicadas en la disposición citada, como objeto del contrato de obra, no corresponden a un listado taxativo, como se desprende de la misma norma, en tal sentido, se podría indicar que se trata de un listado enunciativo, pues la Administración tiene la potestad de realizar otras, las que requiera de acuerdo con sus necesidades y que impliquen siempre trabajos materiales sobre bienes inmuebles. En tal sentido, a modo de ejemplo, la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición realizadas sobre bienes inmuebles son activides más concretas que permiten delimitar su alcance, sin limitarse a ellas.

 En todo caso, la definición de si un contrato se enmarca dentro de la tipología de obra, debe realizarse atendiendo a la noción establecida por el legislador en el artículo 32, numeral 1 de la Ley 80 de 1993, de manera que cada operador jurídico debe realizar un ejercicio de subsunción para determinar si determinado contrato cumple con los atributos establecidos en dicha disposición.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Kamal Abdul Nassar MontoyaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |
| Anexo: | 0 |

1. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De los contratos. Santiago de Chile: Editorial Jurídica EDIAR-CONOCSUR LTDA, 1988. p. 182. [↑](#footnote-ref-2)
2. OSPINA MENA, Jesús Marino. Régimen de la Contratación Estatal. Un salto a la contratación liquida. Bogotá: Dike, 2020. p. 168. [↑](#footnote-ref-3)
3. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de septiembre de 2018. Rad. 2.386. C.P. Edgar González López. [↑](#footnote-ref-4)
4. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de septiembre de 2018. Rad. 2.386. C.P. Edgar González López. [↑](#footnote-ref-5)
5. De acuerdo con la Sección Tercera del Consejo de Estado, el AIU, concepto de común utilización en los contratos de tracto sucesiva –entre ellos, los contratos de obra– no cuenta con una definición normativa, pero hay elementos que permiten precisar su alcance, así: «[…] el AIU propuesto para el contrato, corresponde a:

»i) los costos de administración o costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista, esto es: A;

»ii) los imprevistos, que es el porcentaje destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato, esto es, el álea normal del contrato: I;

»iii) la utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato, esto es: U.

»Ahora, teniendo en cuenta que no existe ninguna reglamentación que establezca porcentajes mínimos o máximos para determinar el A.I.U., cada empresa o comerciante de acuerdo con su infraestructura, experiencia, las condiciones del mercado, la naturaleza del contrato a celebrar, entre otros factores, establece su estructura de costos conforme a la cual se compromete a ejecutar cabalmente un contrato en el caso de que le sea adjudicado» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 14 de octubre de 2011. Exp. 20811, C.P. Ruth Stella Correa Palacio). [↑](#footnote-ref-6)
6. Así lo ha considerado también la doctrina: «La administración delegada es una modalidad de pago poco usada en la actualidad, pero, al fin y al cabo, empleada ocasionalmente. En ella el contratista se compromete a ejecutar un trabajo, pero con los recursos económicos, materiales y/o la maquinaria del Estado. Desde este punto de vista se diferencia sustancialmente del precio global y del unitario, donde lo normal es que el contratista pone estos recursos para ejecutar el trabajo.

»[…]

»Los aspectos claves de este negocio, en función del precio, tienen que ver con el hecho de que la entidad estatal asume la obligación de poner el dinero para que el contratista compre los materiales, pague el arriendo de la maquinaria, del personal de trabajo, y demás elementos necesarios para la construcción; y el contratista se compromete a construir con estos recursos puestos a su disposición; no se le paga un precio unitario o global, sino una *administración*, por el hecho de poner su conocimiento y esfuerzo al servicio de la construcción de una obra, la cual ejecuta con los recursos del Estado» (MARÍN CORTÉS, Fabián. *El precio*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–, 2012, pp. 149-150). [↑](#footnote-ref-7)
7. PODETTI, Humberto. El contrato de construcción. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p.

248. [↑](#footnote-ref-8)
8. *Ibidem*., pp. 248-249. [↑](#footnote-ref-9)