

## EL CONTRATO DE OBRA “LLAVE EN MANO” Y A “PRECIO GLOBAL”

DR. LUIS FERNANDO OLIVEROS VILLARREAL  
ABOGADO CONSULTOR Y LITIGANTE EN MATERIA DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA Y PRIVADA,  
PROFESOR DE LA MATERIA.

### Forma ilegal de contratación que lesiona patrimonialmente al constructor

Dentro de los errores de planeación que comúnmente aqueja la contratación estatal —bien porque la entidad contratante se rija por el Estatuto General de la Contratación (Ley 80, 1150, 1474, 1682 y 1882), ora porque su régimen sea el del derecho privado (estatutos comercial y civil) o porque la ley haya determinado un régimen mixto o especial— está el de contratar obras a ser construidas por el sistema de llave en mano, a precio global o alzado cuando carecen de los estudios y diseños, o cuando ellos son tan incipientes o escasos que ni siquiera tienen definido arquitectónicamente qué es lo conveniente para satisfacer su necesidad.

Así, aperturan procesos de selección asignando un presupuesto, el cual seguramente a futuro se convertirá en el valor del contrato, sin saber cuánto realmente habrá de costar el proyecto, por la sencilla razón de que se desconoce qué es

lo que habrá de construirse, cuáles serán sus especificidades y, en suma, qué resultará del agotamiento de la etapa o fase de consultoría, esto es, cuando se haga entrega de los estudios y diseños definitivos, los cuales habrá de elaborar el propio constructor.

De ese modo, el artifice de la obra o constructor cotiza a “ciegas”, como de la misma manera la entidad contratante asigna los recursos, en tanto es tal el grado de incertidumbre sobre las intimidades técnicas del proyecto que, en las más de las veces, lo que suelen hacer es utilizar información que, a la manera de una correlación, utilizan para estimar lo que creen o consideran “puede” llegar a costar la obra.

Conforme a ello, cuando como corrolario de la fase de diseño a ciencia cierta se determina cuánto costará el proyecto de cara al valor pactado, bien podrá ocurrir: (i) que la obra no se pueda llevar a cabo por desistimiento de una de las partes del negocio con lo cual quedará frustrada la satisfacción de la necesidad o la prestación del servicio público, independientemente de las sanciones con las cuales se quiera afiligrar al contratista desertor del proyecto. (ii) En semejan-



te sentido, que el proyecto se construya hasta el agotamiento de los recursos tras padecer su abandono, con lo cual posteriormente resultará más onerosa su conclusión. (iii) Que la obra se construya y concluya siendo entregada para el usufructo del Estado y la sociedad, pero a costa del patrimonio del contratista, quien al final, resultando lesionado patrimonialmente, no recibirá como contraprestación el pago del justo precio por su esfuerzo profesional y empresarial.

La exposición a tales riesgos y a tales nocivas consecuencias deviene de la indebida o tergiversada interpretación que al respecto se ha tenido con relación a la figura del contrato de obra llave en mano, concepto al cual, en forma indebida enlazan a otro disímil elemento, en particular, la modalidad de pago a precio global o alzado, lo que torna de ilegal el pacto cuando se conviene en forma anticipada el valor del contrato, por cuanto:

1. Son rasgos de la esencia en el contrato llave en mano —o turnkey contract, en su versión inglesa, donde surgió la figura—, el de que el contratista, artifice de la obra, asuma como alcance obligatorio: la concepción (estudios y diseños) del proyecto y su plena ejecución, además de entregarla equipada y, por sobre todo, en pleno funcionamiento, todo lo cual, ninguna relación debe o debiera guardar con respecto al valor del contrato, aspecto éste que sólo habrá de determinarse cuando concluya la fase de diseño, momento para el cual decrecerá en forma importante la incertidumbre de lo que debe ejecutarse junto con sus especificaciones, de modo que, para ese entonces podrán ser valoradas de mejor manera las condiciones de costo y calidad de la obra<sup>1</sup>.

2. Así, el contrato de obra pública, de concesión de obra o confección material de obra, —éste último concepto, en los términos del derecho civil—, refiere a una tipología negocial de aquéllas que se rigen por el principio de comutatividad, esto es, la equivalencia prestacional que surge de la relación

jurídica, mediante la cual, ambas partes son, a la vez, mutuas deudoras y mutuas acreedoras, al paso que la prestación y la contraprestación causada y debida se miran como iguales, como equivalentes, lo que en términos jurídicos y monetarios corresponde al “pago del justo precio” o “precio real de mercado”<sup>2</sup>.

3. En la técnica jurídica, el precio global corresponde a una modalidad por medio de la cual se determina el valor del contrato, esto es, se establece en forma total y definitiva, lo que impone el de que para su pacto, el contratista deba contar con información técnica plena, necesaria, suficiente, idónea y completa (fase III), perfectamente construible, de suerte que le permita a cualquier perito o experto en la materia hacer una cuantificación, una valoración íntegra, en lo que doctrinariamente se denomina como “mano alzada”, al

<sup>1</sup> Artículo 1498 del Código Civil, según el cual: “El contrato oneroso es comutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez, y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”. (Se destaca)

<sup>2</sup> Literal c) del numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.





propósito de determinar el pago del justo precio o precio real del mercado, en tanto y en cuanto se sabe a plenitud, tanto las actividades a ejecutar como las cantidades de obra ejecutables.

4. Nada de lo anterior se armoniza con lo que relacionado con el objeto del contrato doctrinariamente se ha dado en denominar llave en mano, lo cual alude a que el alcance del objeto del contrato, en tratándose del contrato de “confección material de obra”, no sólo comprende la ejecución de la obra sino que, adicionalmente impone la elaboración de los estudios y diseños que habrán de construirse o desarrollarse para entregarla en pleno funcionamiento, es decir, que el contratista de obra se compromete a hacer, tanto los diseños como la obra para entregarla al funcionamiento y servicio.

5. Así, la diferenciación de tales conceptos: “llave en mano” y “precio global” ponen de presente el evidente error conceptual que implica el pacto de un contrato en tales términos, cuando el contratista desconoce qué es lo que deberá construir y cuánto realmente le costará, aspecto éste que sólo se puede definir, cuando obtenga y produzca la información técnica, luego de agotados sus análisis y ponderaciones en la etapa de consultoría.

6. Evidentemente no parece ser lo más justo, proporcional, equitativo o equilibrado, menos aún equivalente, pactar un precio cerrado cuando parte de las obligaciones asumidas como de cargo del contratista, lo es elaborar los estudios arquitectónicos, estructurales, así como la definición de las especificaciones técnicas, en cumplimiento de la normatividad técnica aplicable, momento para el cual podrá determinarse el valor real de la obra, o cuándo valorarse en forma más acertada.

7. Así, es claro que, en aplicación de los principios rectores de las relaciones comerciales de “buena fe”, “abuso de derecho”<sup>3</sup> y “enriquecimiento sin justa causa”<sup>4</sup>, un contrato celebrado llave en mano y a precio global, se encuentra contenido en lo que legal y jurisprudencialmente se denomina:

<sup>3</sup> Artículo 871 del Código de Comercio.

<sup>4</sup> Artículo 830, ibidem.

<sup>5</sup> Artículo 831, ibidem.

“cláusulas abusivas”, “vejetorias” o “leoninas”, además de pacto de “condiciones potestativas”, nulas de pleno derecho<sup>6</sup>, en tanto y en cuanto, el valor real de la prestación debida pende del acaso, para el contratista, al paso que en forma desproporcionada y con violación del principio de conmutatividad, el precio que va a pagar el dueño de la obra ya lo fijó con antelación, pero en forma irrisoria, en tanto se hizo muy por debajo del valor real, lo que así ocurre cuando se desconoce cuánto era lo que realmente irían a costar las actividades<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Artículos 1534 y 1535 del Código Civil.

<sup>7</sup> “DEL ABUSO DEL DERECHO AL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE”. ERNESTO RENGLIO GARCÍA. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia. “IL CLÁUSULAS ABUSIVAS, ABUSO DEL DERECHO Y REGLAS TRADICIONALES DEL CÓDIGO CIVIL (...) El abuso del derecho, pues, puede provenir de la disposición unilateral de condiciones generales abusivas al ejercitarse el derecho de la libertad de empresa y al concretarse el principio-derecho de la autonomía privada.

Se puede observar la pertinencia del tema en la medida en que, si las condiciones generales de la contratación están predispuestas unilateralmente por una de las partes, pueden contener cláusulas abusivas, y ahí es donde la teoría del abuso del derecho (sobre todo en aquellos países como el nuestro en donde se carece de legislación a propósito en materia de cláusulas abusivas) operaría como instrumento de corrección ante contenidos abusivos predispuestos en contra de una de las partes de la relación jurídica.

Desde una perspectiva civilista -de derecho civil clásico- se puede decir que el control al contenido de las cláusulas predispuestas se podría hacer con base en las siguientes reglas o principios extraídos del Código Civil: a. Los contratantes pueden establecer los pactos, las cláusulas y las condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios ni al orden público ni a las buenas costumbres; b. La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes: “Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga” (art. 1535); c. “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella” (art. 1603); se recuerda aquí que el principio de la buena fe servirá para ejercer el control al contenido negocial en la medida en que se sitúa por encima de las estipulaciones contractuales de las partes; d. Las cláusulas ambiguas se interpretan a favor del deudor, “pero las cláusulas ambiguas



8. Se agrega a lo anterior que, precisando que el precio y el plazo son los elementos esenciales del contrato de confección material de obra, esto es, aquéllos que determinan la existencia de ese acto bilateral jurídico<sup>8</sup>, el primero de ellos, esto es, el precio, no se tendrá por pactado cuando se convenga en forma irrisoria<sup>9</sup>, defecto que, conforme a la misma norma, afecta la existencia del propio acto negocial<sup>10</sup>.

Estas breves reflexiones ponen de presente y justifican por qué las entidades del Estado o contratantes privados, se encuentran obligados por ley a abstenerse de pactar un precio global o alzado cuando con relación al alcance del objeto se conviene el de que éste sea llave en mano, cuando debiera

que hayan sido entendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse a ella” (art. 1624). Como se verá, las reglas de interpretación de los contratos también pueden servir como mecanismos de control del contenido del contrato. Además del principio transcrito está la regla del artículo 1619 del C. C., según la cual “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”; y, e. La teoría del abuso del derecho: cuando el abuso del derecho o el ejercicio desviado del derecho provenga de la disposición unilateral de condiciones generales abusivas, en virtud del derecho del empresario predisponente que dimana de la libertad de empresa y de la autonomía de la voluntad, puede el juez o la autoridad de control adoptar las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso o el ejercicio disfuncional del derecho frente a los terceros.

(...)  
III. CONDICIÓN GENERAL, CONTRATO DE ADHESIÓN Y CLÁUSULA ABUSIVA  
(...)

La censura a las condiciones generales de la contratación abusivas encontraría su fundamento inicial o sustento jurídico en los siguientes principios del derecho civil tradicional: a) La validez y el cumplimiento de las obligaciones no pueden dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes; b) La determinación del precio y del contenido de las prestaciones no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes; c) No se puede resolver unilateralmente el contrato, sin justa causa; d) El principio de la buena fe y de equivalencia o justo equilibrio entre las prestaciones, y e) En algunos reglas de interpretación contractual; sin embargo y como se verá, los criterios subjetivos de interpretación tradicional del contrato tendrían una eficacia restringida frente a una nueva realidad negocial basada en la contratación masiva.”

<sup>8</sup> Artículo 898, ibidem.

<sup>9</sup> Artículo 872, ibidem.

<sup>10</sup> LA FIGURA DE LA LESIÓN EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Hacia una concepción más amplia de la figura del equilibrio económico del contrato estatal. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

ser más una modalidad del precio cuyo valor se estime indeterminado, pero a futuro determinable (precios unitarios, costos reembolsables, administración delegada), o por qué habiendo pactado en forma indebida el valor del contrato en la modalidad de global o alzado deba adicionarse el valor del presupuesto cuando concluya la fase de consultoría, en tanto, en manera alguna se podrá pretender pagar un precio irrisorio, cuando era desconocido para ambas partes qué era lo que debía construirse, lo cual sólo con posterioridad, cuando ya se elaboraron los estudios y diseños que permiten la determinación del valor real de la obra, en tanto de no hacer-se, el dueño de la obra (el Estado o el contratante privado) recibirá el bien sin pagar a su cocontratante el justo precio o precio real del mercado a pesar de que, o bien la ley especial que regenta la gestión contractual del estado o bien los estatutos civil o comercial, determinan que el contrato de obra pública, concesión de obra o confección material de obra, son y constituyen un tipo contractual regido por el principio de conmutatividad.♥