**CCE-DES-FM-17**

**DOCUMENTOS TIPO – Fundamento normativo**

[…] el 22 de julio de 2020, el Gobierno Nacional sancionó la Ley 2022, llamada la «ley de pliegos tipo», que rige a partir de su publicación y cuyo artículo 1 modifica el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 en relación con los siguientes aspectos: i) el sujeto encargado de la adopción de los documentos tipo, ya que antes se señalaba al Gobierno Nacional y ahora la entidad encargada directamente por la Ley es la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces; ii) la inclusión de buenas prácticas contractuales y los principios de la contratación pública para establecer los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia en los documentos tipo; iii) la implementación de procesos de capacitación en los municipios para la utilización de los documentos tipo buscando el desarrollo de la economía local; y iv) las responsabilidades para Colombia Compra Eficiente en la definición del desarrollo e implementación de los documentos tipo mediante cronogramas, coordinación con otras entidades especializadas, recepción de comentarios de los interesados y revisión de los documentos tipo expedidos.

**CAPACIDAD RESIDUAL – Cálculo – Factores**

el artículo 2.2.1.1.1.6.4 del Decreto 1082 de 2015 dispone que las entidades estatales deberán calcular la capacidad residual conforme a la metodología definida por Colombia Compre Eficiente. Para tale fines, resulta necesario tener en cuenta los factores de i) Experiencia –E–, ii) Capacidad Financiera –CF–, iii) Capacidad Técnica –CT–, iv) Capacidad de Organización y v) los Saldos de los Contratos en Ejecución –SCE–. De igual manera, establece que el interesado en celebrar contratos de obra pública acreditará su capacidad residual con los siguientes documentos: i) la lista de los contratos de obras civiles en ejecución suscritos con entidades estatales y con entidades privadas; ii) la lista de contratos de obras civiles en ejecución, suscritos por sociedades, consorcios o uniones temporales, en los cuales el proponente tenga participación, con entidades estatales y con entidades privadas; y finalmente iii) el balance general auditado del año inmediatamente anterior y estado de resultados auditado del año en que haya obtenido el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años.

**CAPACIDAD RESIDUAL – Saldos de Contratos en Ejecución «SCE» – Contratos de obra**

[…], los saldos pendientes se derivan de las obligaciones que se encuentran en ejecución al momento de la presentación de la oferta y se refieren a contratos cuyo objeto sea la ejecución de obras civiles. Se aclara que deben tenerse en cuenta los contratos sin acta de inicio, pues el criterio determinante para establecer si un contrato se encuentra en ejecución no lo determina el acta, sino que el mismo contrato obligue al proponente. Además, los saldos pendientes por ejecutar de los contratos afectados por una suspensión constituyen, también, información relevante para calcular la capacidad residual del proponente **«**CRP**»**.

**RECEPCIÓN DE LA OBRA – Reservas – Actividades fuera del plazo contractual**

[…] al finalizar término pactado por las partes, puede que el contratista no entregue la totalidad del objeto contractual. En estos casos, normalmente, el contratante recibe la obra con reservas. Para la doctrina, este tipo de recepción «[…] debe limitarse única y exclusivamente a aquellos vicios o defectos de construcción que no tengan cierta trascendencia o importancia (defectos de terminación y acabado), puesto que si la obra padece de graves defectos constructivos, el promotor podrá rechazar la misma […]».

De esta manera, la declaración de recibo con reservas debe especificar tanto las deficiencias de la obra como el plazo en que tiene el constructor para subsanarlas. Esta hipótesis supone la ejecución de actividades fuera del plazo contractual, lo cual es posible en la medida que no toda finalización del plazo contractual extingue el negocio jurídico: por regla general, el contrato permanece vigente mientras siga pendiente el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes.

**ACTA DE TERMINACIÓN – Actividades pendientes – Plazo contractual – Vencimiento – Estado de liquidación – Capacidad residual**

[…] a la luz del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, dada la naturaleza legal de los plazos para realizar la liquidación del contrato estatal, el cómputo de los mismos inicia una vez cumplido el plazo de ejecución del negocio jurídico, independientemente del cumplimiento integral o no de las prestaciones debidas. De hecho, la ejecución tardía de algunas de las obligaciones a cargo del contratista no conlleva a la ampliación de los plazos establecidos en el ordenamiento jurídico para realizar la correspondiente liquidación del contrato. Por tanto, terminado el plazo de ejecución, si la entidad expide el acta de terminación con actividades pendientes a cargo del constructor, el contrato se encuentra en estado de liquidación conforme al artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. En consecuencia, de acuerdo con el literal E del numeral 3.10.2 del pliego de condiciones de los «Documentos Tipo – Versión 3» de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, un contrato en estas condiciones no podría afectar el factor «SCE» para el cálculo de la capacidad residual, pues «[…] No se entenderán como contratos en ejecución los que se encuentren en liquidación».



Bogotá, 18 Febrero 2022

Señor

**Peticionario anónimo**

El Dorado, Meta

**Concepto C ‒ 011 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | DOCUMENTOS TIPO – Fundamento normativo / CAPACIDAD RESIDUAL – Cálculo – Factores / CAPACIDAD RESIDUAL – Saldos de Contratos en Ejecución «SCE» – Contratos de obra / RECEPCIÓN DE LA OBRA – Reservas – Actividades fuera del plazo contractual / ACTA DE TERMINACIÓN – Actividades pendientes – Plazo contractual – Vencimiento – Estado de liquidación – Capacidad residual |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220106000089 |

Estimado peticionario:

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 6 de enero de 2022.

1. **Problema planteado**

De acuerdo con el literal E del numeral 3.10.2 del pliego de condiciones de los «Documentos Tipo – Versión 3» de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, respecto al saldo de los contratos en ejecución para el cálculo de la capacidad residual, usted realiza la siguiente pregunta: «[¿] los oferentes o las entidades públicas en el momento de la evaluación debe tener en cuenta como contrato en ejecución los contratos con ACTA DE TERMINACION CON ACTIVIDADES PENDIENTES, O se debe tomar como se muestra anteriormente que […] NO SE ENTENDERÁN COMO CONTRATOS EN EJECUCIÓN LOS QUE SE ENCUENTREN EN LIQUIDACIÓN [?]».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó el fundamento normativo de los pliegos de condiciones tipo en la contratación estatal, entre otros, en los Conceptos C-144 del 2 de marzo de 2020, C-174 del 16 de marzo de 2020, C-129 del 24 de marzo de 2020, C-193 del 6 de abril de 2020, C-189 del 8 de abril de 2020, C-009 del 27 de abril de 2020, C-289 del 26 de mayo de 2020, C-332 del 26 de mayo de 2020, C-354 del 4 de junio de 2020, C-384 del 4 de junio de 2020, C-387 del 23 de junio de 2020, C-328 del 30 de junio de 2020, C-379 del 30 de junio de 2020, C-397 del 30 de junio de 2020, C-411 del 30 de junio de 2020, C-415 del 7 de julio de 2020, C-443 del 7 de julio de 2020, C-427 del 9 de julio de 2020, C-395 del 9 de julio de 2020, C-327 del 10 de julio de 2020, C-444 del 13 de julio de 2020, C-429 del 24 de julio de 2020, C-466 del 24 de julio de 2020, C-420 del 28 de julio de 2020, C-485 del 29 de julio de 2020, C-501 del 29 de julio de 2020, C-478 del 30 de julio de 2020, C-450 del 3 de agosto de 2020, C-497 del 6 de agosto de 2020, C-528 del 18 de agosto de 2020, C-531 del 21 agosto de 2020, C-546 del 26 de agosto de 2020, C-597 del 14 de septiembre de 2020, C-618 del 17 de septiembre de 2020, C-633 del 2 de octubre de 2020, C-630 del 21 de octubre de 2020, C-643 del 26 de octubre de 2020, C-635 del 29 de octubre de 2020, C-653 del 9 de noviembre de 2020, C-665 del 11 de noviembre de 2020, C-698 del 19 de noviembre de 2020, C-716 del 30 de noviembre de 2020, C-775 de 2020 del 11 de diciembre de 2020, C-798 del 25 de enero de 2021, C-027 del 1º de marzo de 2021 y C-204 del 6 de mayo de 2021, C-215 del 12 de mayo de 2021, C-224 del 20 de mayo, C-264 del 2 de junio del 2021, C-268 del 3 de junio de 2021, C-312 del 29 de junio de 2021, C-344 del 13 de julio de 2021, C-384 del 30 de julio de 2021, C-412 del 17 de agosto de 2021, C-433 del 20 de agosto de 2021, C-471 del 30 de agosto de 2021, C-450 del 31 de agosto de 2021, C-473 del 7 de septiembre de 2021.

Además, se ha pronunciado sobre aspectos relativos a la acreditación del requisito de capacidad residual en procesos adelantados con documentos tipo, en los conceptos con radicado Nos. 2201913000006275 del 27 de agosto de 2019, 4201912000005192 del 9 de septiembre de 2019, 2201913000009465 del 20 de diciembre de 2019 y 2201913000009642 del 26 de diciembre de 2019; así como en los conceptos C-033 del 13 de marzo de 2020, C-133 del 30 de marzo de 2020, C-196 del 8 de abril de 2020, C-297 del 4 de junio de 2020, C-489 del 23 de julio de 2020, C-522 del 6 de agosto de 2020, C-547 del 21 de agosto de 2020, C-642 de 30 de octubre de 2020, C-668 del 20 de noviembre de 2020, C-720 del 11 de diciembre de 2020, C-789 del 19 de enero de 2021, C-042 del 3 de marzo de 2021 y C-219 del 19 de mayo de 2021, referentes al rechazo de propuestas por falta de acreditación del requisito de capacidad residual. Las tesis desarrolladas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementa en lo pertinente:

**2.1. Antecedentes y fundamentos de los documentos tipo de obra pública para infraestructura de transporte**

Los pliegos tipo surgen en el 2007 cuando el legislador facultó al Gobierno Nacional para adoptarlos en la compra o suministro de bienes de características técnicas uniformes[[1]](#footnote-2). La orientación inicial del proyecto que se convirtió en la Ley 1150 de 2007 era facultar al Gobierno Nacional para adoptar los pliegos tipo en todos los contratos estatales, pues en el proyecto el parágrafo 3º disponía que «El Gobierno Nacional tendrá la facultad de estandarizar los pliegos de condiciones o términos de referencia y los contratos de las entidades estatales»[[2]](#footnote-3).

La intención era agilizar y dar mayor transparencia a los procedimientos de selección, así como evitar el direccionamiento. Por esta razón, conforme a lo explicado en la exposición de motivos, «[…] se asigna al Gobierno Nacional la facultad de estandarizar los pliegos de condiciones y términos de referencia de los contratos, medida que redundará en la agilidad y claridad de los procedimientos»[[3]](#footnote-4). Sin embargo, en el texto aprobado, los pliegos tipo se limitaron a la adquisición o suministro de bienes de características técnicas uniformes[[4]](#footnote-5).

Posteriormente, el artículo 2, parágrafo 7º, de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, establece la obligatoriedad de la adopción de documentos tipo para algunos contratos, en los siguientes términos:

Parágrafo 7°. El Gobierno nacional adoptará 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, los cuales deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten. *Dentro de los documentos tipo el Gobierno adoptará de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia* […] *teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos* […]. (Énfasis fuera de texto)

Sin embargo, el 22 de julio de 2020, el Gobierno Nacional sancionó la Ley 2022, llamada la «ley de pliegos tipo», que rige a partir de su publicación y cuyo artículo 1 modifica el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 en relación con los siguientes aspectos: i) el sujeto encargado de la adopción de los documentos tipo, ya que antes se señalaba al Gobierno Nacional y ahora la entidad encargada directamente por la Ley es la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces; ii) la inclusión de buenas prácticas contractuales y los principios de la contratación pública para establecer los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia en los documentos tipo; iii) la implementación de procesos de capacitación en los municipios para la utilización de los documentos tipo buscando el desarrollo de la economía local; y iv) las responsabilidades para Colombia Compra Eficiente en la definición del desarrollo e implementación de los documentos tipo mediante cronogramas, coordinación con otras entidades especializadas, recepción de comentarios de los interesados y revisión de los documentos tipo expedidos[[5]](#footnote-6).

Sin perjuicio de lo anterior, la exposición de motivos del proyecto que se convirtió en la Ley 1882 de 2018 se refirió a la necesidad de utilizar documentos tipo, pues reducen el tiempo de los procesos de contratación y contribuyen al logro de una contratación pública más transparente y con mayor concurrencia de oferentes. Igualmente, la intención del legislador era adaptar el ordenamiento jurídico colombiano a las nuevas tendencias internacionales, al entender que los documentos tipo son una medida eficaz contra la corrupción y permiten una administración pública más eficiente y moderna.

En ejercicio de la competencia conferida por el citado parágrafo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 342 de 2019 mediante el cual se adoptaron los documentos tipo para licitaciones públicas para selección de contratistas de obra de infraestructura de transporte. En esta medida, el reglamento adicionó la Sección 6 y la Subsección 1 al Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

El artículo 2.2.1.2.6.1.1 del Decreto 1082 de 2015, sobre el objeto de los «Documentos Tipo» adoptados por el Decreto 342 de 2019, señala que «La presente subsección tiene por objeto adoptar los Documentos Tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte». Además, el artículo 2.2.1.2.6.1.2 del Decreto –referido al alcance de los documentos tipo–dispone que «contienen parámetros obligatorios para las entidades estatales sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública que adelanten procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte».

El Gobierno Nacional mediante el artículo 2.2.1.2.6.1.3 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 342 de 2019, facultó a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, para que en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación –DNP– y el Ministerio de Transporte, desarrollara e implementara los Documentos Tipo. Esto tuvo lugar con la expedición de la Resolución No. 1798 del 1º de abril de 2019 que implementó la Versión 1 de los documentos tipo para procesos de licitación de obra pública de infraestructura de transporte.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente luego de identificar, junto con el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Transporte, la necesidad de actualizar los documentos tipo para los procesos de licitación pública en orden de fortalecerlos y adaptarlos a la realidad de la contratación del país, implementó la versión 2. De esta manera expidió la Resolución No. 045 del 14 de febrero de 2020, «Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 1798 de 2019».

De igual forma, el Gobierno Nacional ejerció nuevamente la competencia prevista en el citado artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, expidiendo el Decreto 2096 de 2019. El Decreto autorizó los documentos tipo para procesos de contratación de obra pública de infraestructura de transporte adelantados en la modalidad de selección abreviada de menor cuantía. Este reglamento adicionó la Subsección 2 a la Sección 6 del Capítulo 2 del Título 1 de la parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015.

El artículo 2.2.1.2.6.2.2 del Decreto 1082 de 2015 contiene el listado de los documentos tipo aplicables a los procesos de selección abreviada de menor cuantía para la contratación de obra pública de infraestructura de transporte. Además, el 2.2.1.2.6.2.3 *ibidem* facultó a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, para que en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación –DNP– y el Ministerio de Transporte, desarrollara e implementara los documentos tipo. La entidad ejerció esta competencia mediante la expedición de la Resolución No. 044 del 14 de febrero de 2020 que implementó los documentos tipo para esta modalidad de selección.

Finalmente, el Gobierno Nacional ejerció la competencia prevista en el citado artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, expidiendo el Decreto 594 de 2020, el cual adoptó los documentos tipo para procesos de contratación de obra pública de infraestructura de transporte adelantados en la modalidad de mínima cuantía. Este reglamento adicionó la Subsección 3 a la Sección 6 del Capítulo 2 del Título 1 de la parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015.

El artículo 2.2.1.2.6.3.2 del Decreto 1082 de 2015 contiene el listado de los documentos tipo aplicables a los procesos de mínima cuantía para la contratación de obra pública de infraestructura de transporte, mientras que el 2.2.1.2.6.3.3 facultó a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, para que en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación –DNP– y el Ministerio de Transporte, desarrollara e implementara los documentos tipo. Esta competencia fue ejercida mediante la expedición de la Resolución No. 094 del 21 de mayo de 2020 que implementó los documentos tipo para esta modalidad de selección.

Por otra parte*,* debe tenerse en cuenta que con base en la facultad otorgada en la Ley 2022 de 2020 con la finalidad de realizar un desarrollo armónico y ajustado a la ley que otorga esta competencia, la Agencia Nacional de Contratación Pública expidió la Resolución 160 del 15 de septiembre de 2020, «Por la cual se adopta el procedimiento para implementar los documentos tipo y se define el sistema para su revisión». Asimismo, con fundamento en dicha Ley, se profirió la Resolución 240 del 27 de noviembre de 2020, «Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 0045 de 2020», y la Resolución 241 del 27 de noviembre de 2020, «Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección abreviada de menor cuantía de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 0044 de 2020».

Con la expedición de la Ley de Emprendimiento, estos se ajustaron mediante la Resolución 161 del 17 de junio de 2021, «Por la cual se modifican los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente», la cual rige para los procedimientos de selección cuya invitación o aviso de convocatoria se publique a partir del 28 de junio de 2021. Por último, con el fin de adaptar los documentos tipo a la regla de origen del Decreto 680 de 2021, también se modificaron por medio de la Resolución 304 del 13 de octubre de 2021, la cual aplicará a los procesos de contratación cuyo aviso de convocatoria se publique a partir del 2 de noviembre de 2021.

**2.2. La capacidad residual como requisito habilitante en los documentos tipo de infraestructura de transporte: especial referencia al Saldo de Contratos en Ejecución –SCE–**

De acuerdo con el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, la capacidad residual es la aptitud de los oferentes para cumplir de manera oportuna y a cabalidad el objeto de un contrato de obra pública, sin que los demás compromisos contractuales que han adquirido afecten su habilidad de cumplir el objeto del contrato que está en proceso de selección[[6]](#footnote-7). Por su parte, el Consejo de Estado ha definido la capacidad residual como «la diferencia que existe entre el potencial de contratación que se tiene y los compromisos que haya adquirido y que se encuentren en ejecución, para la fecha de presentación de la oferta»[[7]](#footnote-8).

De esta manera, la capacidad residual se refiere a la suficiencia que tiene el proponente para asumir nuevas obligaciones que se derivan del contrato objeto del proceso de contratación, en relación con las obligaciones que ya adquirió frente a otros contratos. Por su parte, el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 dispone que la capacidad residual de los interesados en participar en procesos de selección para contratos de obra deberá ser igual o superior al que la entidad ha establecido en los pliegos de condiciones, en los siguientes términos:

Parágrafo 1°. Para poder participar en los procesos de selección de los contratos de obra y demás que señale el reglamento, la capacidad residual del proponente o K de contratación deberá ser igual o superior al que la entidad haya establecido para el efecto en los pliegos de condiciones.

Para establecer la capacidad residual del proponente o K de contratación, se deberán considerar todos los contratos que tenga en ejecución el proponente al momento de presentar la oferta. El desarrollo y ejecución del contrato podrá dar lugar a que los valores que sean cancelados al contratista se consideren para establecer el real K de contratación, en cada oportunidad. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

De acuerdo con el artículo 72 de la Ley 1682 de 2013, la «capacidad residual de contratación cuando se realicen contratos de obra pública se obtendrá de sustraer de la capacidad de contratación, el saldo del valor de los contratos en ejecución». La «capacidad de contratación», según se desprende de la misma disposición, «[…] se deberá calcular mediante la evaluación de los siguientes factores: Experiencia (E), Capacidad Financiera (CF), Capacidad Técnica (CT), y Capacidad de Organización (CO)».

Por su parte, el artículo 2.2.1.1.1.6.4 del Decreto 1082 de 2015 dispone que las entidades estatales deberán calcular la capacidad residual conforme a la metodología definida por Colombia Compre Eficiente. Para tale fines, resulta necesario tener en cuenta los factores de i) Experiencia –E–, ii) Capacidad Financiera –CF–, iii) Capacidad Técnica –CT–, iv) Capacidad de Organización y v) los Saldos de los Contratos en Ejecución –SCE–.

De igual manera, establece que el interesado en celebrar contratos de obra pública acreditará su capacidad residual con los siguientes documentos: i) la lista de los contratos de obras civiles en ejecución suscritos con entidades estatales y con entidades privadas; ii) la lista de contratos de obras civiles en ejecución, suscritos por sociedades, consorcios o uniones temporales, en los cuales el proponente tenga participación, con entidades estatales y con entidades privadas; y finalmente iii) el balance general auditado del año inmediatamente anterior y estado de resultados auditado del año en que haya obtenido el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años[[8]](#footnote-9).

De conformidad con lo expuesto, la Agencia Nacional para la Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió la Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública. Este documento establece, entre otras cuestiones, que a la entidad contratante corresponde, primero, establecer la capacidad residual del proceso de contratación «CRPC» y, segundo, determinar si los proponentes cumplen con la capacidad residual del proceso de contratación, teniendo en cuenta la información mencionada en el párrafo precedente.

En relación con el primer aspecto, sobre la determinación de la capacidad residual del proceso de contratación «CRPC», debe determinarse si el plazo del contrato es superior a doce meses. Si no lo es, la CRPC equivale al presupuesto oficial estimado del Proceso de Contratación menos el anticipo o pago anticipado cuando haya lugar. Si lo es, equivale a la proporción lineal de 12 meses del presupuesto oficial estimado menos el anticipo o pago anticipado.

En cuanto al segundo aspecto, sobre la validación de que cada proponente cumpla con la CRPC, la entidad pública debe verificar que la capacidad residual del proponente «CRP» sea igual o superior a la capacidad referida en el párrafo precedente. De todas formas, previamente debe establecer la CRP, con fundamento en los siguientes factores: i) experiencia «E»; ii) capacidad financiera «CF»; iii) capacidad técnica «CT», iv) capacidad de organización «CO»; y v) los saldos de los contratos en ejecución «SCE», según la siguiente formula:



Particularmente, respecto del factor de saldos de los contratos en ejecución «SCE», es necesario tener en cuenta que la Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública*,* define a este factor como «la suma de los montos por ejecutar de los contratos en ejecución durante los 12 meses siguientes». Así mismo, define los *Contratos en Ejecución* de la siguiente manera:

Son los contratos que a la fecha de presentación de la oferta obligan al proponente con Entidades Estatales y con entidades privadas para ejecutar obras civiles, incluyendo la ejecución de obras civiles en los contratos de concesión y los contratos de obra suscritos con concesionarios, incluyendo los contratos suspendidos y aquellos que no tengan acta de inicio. No se entenderán como contratos en ejecución los que se encuentren en liquidación.

En este sentido, los saldos pendientes se derivan de las obligaciones que se encuentran en ejecución al momento de la presentación de la oferta y se refieren a contratos cuyo objeto sea la ejecución de obras civiles. Se aclara que deben tenerse en cuenta los contratos sin acta de inicio, pues el criterio determinante para establecer si un contrato se encuentra en ejecución no lo determina el acta, sino que el mismo contrato obligue al proponente. Además, los saldos pendientes por ejecutar de los contratos afectados por una suspensión constituyen, también, información relevante para calcular la capacidad residual del proponente **«**CRP**»**. Lo anterior, en la medida en que la ejecución de los contratos en principio suspendidos puede, eventualmente, afectar la aptitud del oferente para cumplir con el contrato ofertado, razón por la que, ante la posibilidad de que tales contratos se reanuden, se ha estimado necesario evaluar los saldos pendientes por ejecutar de tales contratos para determinar si el proponente cumple con la capacidad residual requerida.

De este modo, para acreditar el factor saldos de los contratos en ejecución «SCE» como lo establece la Guía, el proponente debe presentar la lista de contratos de obras civiles en ejecución, tanto a nivel nacional como internacional señalando i) el valor del contrato; ii) el plazo del contrato en meses; iii) la fecha de inicio de las obras objeto del contrato, día, mes, año; iv) si la obra la ejecuta un consorcio, unión temporal o sociedad de propósito especial, junto con el porcentaje de participación del oferente que presenta el certificado; v) si el contrato se encuentra suspendido, y si es así, la fecha de suspensión. Si el proponente no tiene contratos en ejecución, en el certificado debe constar expresamente esa circunstancia. Por ello, sobre la acreditación del factor «SCE» en los «Documentos Tipo – Versión 3» de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, el literal E del numeral 3.10.2 del documento base señala lo siguiente:

Para acreditar el factor (SCE) el Proponente tendrá en cuenta lo siguiente:

[…]

II. Los contratos de obras civiles en ejecución son aquellos que a la fecha de presentación de la oferta obligan al proponente con entidades estatales y con entidades privadas para ejecutar obras civiles. Estas incluyen las obras civiles de los contratos de concesión y los contratos de obra suscritos con concesionarios, así como, los contratos suspendidos y aquellos que no tengan acta de inicio. No se entenderán como contratos en ejecución los que se encuentren en liquidación.

III. Se tendrán en cuenta los contratos de obras civiles en ejecución suscritos por el proponente o por sociedades, consorcios o uniones temporales en los cuales el proponente tenga participación

IV. Si un contrato se encuentra suspendido, el cálculo del (SCE) de dicho contrato debe efectuarse asumiendo que lo que falta por ejecutar iniciara en la fecha de presentación de la oferta del Proceso de Contratación. Si el contrato está suspendido el Proponente debe informar el saldo pendiente por ejecutar.

V. El cálculo del factor (SCE) debe hacerse linealmente calculando una ejecución diaria equivalente al valor del contrato dividido por el plazo del contrato expresado en días. Este resultado se multiplica por el número de días pendientes para cumplir el plazo del contrato y si el contrato es ejecutado por una estructura plural por la participación del Proponente en la respectiva estructura.

 […]

Como se aprecia, los apartados transcritos del documento base están en armonía con lo dispuesto en la Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública, y se refieren a los contratos de obras civiles en ejecución, incluyendo a los contratos suspendidos y los que no tienen acta de inicio. Lo expuesto es congruente con el artículo 2.2.1.1.1.6.4 del Decreto 1082 de 2015, en virtud del cual, para efectos de acreditar la capacidad residual del proponente, se requiere el listado de contratos de obra civiles en ejecución suscritos con entidades estatales y con entidades privadas.

No obstante, el documento base –al igual que la guía– dispone que «[…] No se entenderán como contratos en ejecución los que se encuentren en liquidación». La aplicación de este apartado del pliego de condiciones es clara cuando, al finalizar el plazo de ejecución, el contratista entrega la obra y la entidad la recibe el objeto sin expresar reservas. En esta hipótesis, sin que existan obligaciones pendientes a cargo del constructor, el contrato entra en la fase de liquidación para efectos del balance definitivo del negocio en sus aspectos técnicos, financieros y jurídicos, definir la situación de las partes y establecer si pueden declararse en paz y salvo. Por tanto, como el contratista ha concluido con todas actividades constructivas dentro del plazo previsto, no se entendería como un contrato en ejecución para efectos del cálculo de la capacidad residual.

Igualmente, al finalizar el término pactado por las partes, puede que el contratista no entregue la totalidad del objeto contractual, en cuyo caso, normalmente, el contratante recibe la obra con reservas. Para la doctrina, este tipo de recepción «[…] debe limitarse única y exclusivamente a aquellos vicios o defectos de construcción que no tengan cierta trascendencia o importancia (defectos de terminación y acabado), puesto que si la obra padece de graves defectos constructivos, el promotor podrá rechazar la misma […]»[[9]](#footnote-10). De esta manera, la declaración de recibo con reservas debe especificar tanto las deficiencias de la obra como el plazo que tiene el constructor para subsanarlas[[10]](#footnote-11). Esta hipótesis supone la ejecución de actividades fuera del plazo contractual, lo cual es posible pues la finalización del plazo no trae consigo la extinción de las obligaciones primigenias, en la medida que –de acuerdo con lo explicado en el Concepto C-646 del 9 de noviembre de 2020– la Agencia considera que:

[…] los plazos tienen naturaleza suspensiva tratándose de los contratos de obra. Esto sucede tanto cuando se pactan entregas parciales como cuando la entidad recibe el objeto al finalizar el plazo pactado, porque la exigibilidad de las obligaciones está suspendida mientras cada uno de estos términos esté pendiente: la Administración solo podrá exigir el cumplimiento cuando venza el plazo entrega, pues solo a partir de ese momento las obligaciones son puras y simples. De hecho […] el plazo no extingue el contrato ni las obligaciones derivadas de él, ya que requiere la ejecución de la obra[[11]](#footnote-12). Lo contrario equivale a afirmar que si las obligaciones no se cumplen oportunamente, la entidad pierde el derecho a obtener el pago de la prestación debida. Esta conclusión no sólo sería contraria al interés público como fin de la contratación estatal, sino que desconoce la normas sobre el pago de los artículos 1626 y siguientes del Código Civil, razón por la cual, sin perjuicio de la responsabilidad del contratista por cumplimiento extemporáneo, la entidad puede recibir lo que ejecute el contratista después de vencido el plazo del contrato, lo que se extiende a la exigibilidad de lo que está pendiente por cumplir. Lo anterior, en la medida que «El contrato no podrá considerarse definitivamente concluido hasta tanto ambas obligaciones y derechos principales, la entrega y recepción –o puesta a disposición– de la obra o su producto […] no hayan sido cumplidos»[[12]](#footnote-13).

El escenario descrito anteriormente genera la duda de si, frente a la expedición de un acta de terminación con actividades pendientes, el contrato todavía se encuentra en ejecución para efectos del cálculo de la capacidad residual. En principio, podría considerarse que, aun frente al vencimiento del término contractual, el contratista todavía está ejecutando materialmente el objeto pactado. Bajo esta interpretación, no sería posible que el contrato entrará en la etapa de liquidación sin el cumplimiento integral de las obligaciones a cargo del constructor[[13]](#footnote-14). Sin embargo, a la luz del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, es necesario tener en cuenta que los contratos estatales entran en estado de liquidación una vez finalizado el plazo de ejecución. En efecto, la norma precitada dispone lo siguiente:

La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. *De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga*.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo [136](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_contencioso_administrativo_pr003.html#136) del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo [136](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_contencioso_administrativo_pr003.html#136) del C. C. A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo. (Énfasis fuera de texto)

En esta medida, dada la naturaleza legal de los plazos para realizar la liquidación del contrato estatal, el cómputo de los mismos inicia una vez cumplido el plazo de ejecución del negocio jurídico, independientemente del cumplimiento integral o no de las prestaciones debidas. De hecho, la ejecución tardía de algunas de las obligaciones a cargo del contratista no trae consigo la ampliación de los plazos establecidos en el ordenamiento jurídico para realizar la correspondiente liquidación del contrato[[14]](#footnote-15). Por tanto, terminado el plazo de ejecución, si la entidad expide el acta de terminación con actividades pendientes a cargo del constructor, el contrato se encuentra en estado de liquidación conforme al artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. En consecuencia, de acuerdo con el literal E del numeral 3.10.2 del pliego de condiciones de los «Documentos Tipo – Versión 3» de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, un contrato en estas condiciones no podría afectar el factor «SCE» para el cálculo de la capacidad residual, pues «[…] No se entenderán como contratos en ejecución los que se encuentren en liquidación».

**3. Respuesta**

De acuerdo con el literal E del numeral 3.10.2 del pliego de condiciones de los «Documentos Tipo – Versión 3» de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, respecto al saldo de los contratos en ejecución para el cálculo de la capacidad residual, «[¿] los oferentes o las entidades públicas en el momento de la evaluación debe tener en cuenta como contrato en ejecución los contratos con ACTA DE TERMINACION CON ACTIVIDADES PENDIENTES, O se debe tomar como se muestra anteriormente que […] NO SE ENTENDERÁN COMO CONTRATOS EN EJECUCIÓN LOS QUE SE ENCUENTREN EN LIQUIDACIÓN [?]».

Conforme a la explicación precedente, al finalizar el término pactado por las partes, puede que el contratista no entregue la totalidad del objeto contractual. En estos casos, normalmente, el contratante recibe la obra con reservas. Para la doctrina, este tipo de recepción «[…] debe limitarse única y exclusivamente a aquellos vicios o defectos de construcción que no tengan cierta trascendencia o importancia (defectos de terminación y acabado), puesto que si la obra padece de graves defectos constructivos, el promotor podrá rechazar la misma […]».

De esta manera, la declaración de recibo con reservas debe especificar tanto las deficiencias de la obra como el plazo en que tiene el constructor para subsanarlas. Esta hipótesis supone la ejecución de actividades fuera del plazo contractual, lo cual es posible en la medida que no toda finalización del plazo contractual extingue las obligaciones pactadas: por regla general, el contrato permanece vigente mientras siga pendiente el cumplimiento de las prestaciones a cargo de las partes.

Ahora bien, a la luz del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, dada la naturaleza legal de los plazos para realizar la liquidación del contrato estatal, el cómputo de los mismos inicia una vez cumplido el plazo de ejecución del negocio jurídico, independientemente del cumplimiento integral o no de las prestaciones debidas. De hecho, la ejecución tardía de algunas de las obligaciones a cargo del contratista no conlleva a la ampliación de los plazos establecidos en el ordenamiento jurídico para realizar la correspondiente liquidación del contrato. Por tanto, terminado el plazo de ejecución, si la entidad expide el acta de terminación con actividades pendientes a cargo del constructor, el contrato se encuentra en estado de liquidación conforme al artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. En consecuencia, de acuerdo con el literal E del numeral 3.10.2 del pliego de condiciones de los «Documentos Tipo – Versión 3» de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, un contrato en estas condiciones no podría afectar el factor «SCE» para el cálculo de la capacidad residual, pues «[…] No se entenderán como contratos en ejecución los que se encuentren en liquidación».

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

Atentamente,



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

1. El parágrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 facultó por primera vez al Gobierno Nacional para adoptar estándares generales en los pliegos de condiciones, razón por la cual dispuso lo siguiente: «El Gobierno Nacional tendrá la facultad de estandarizar las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales, cuando se trate de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades».  [↑](#footnote-ref-2)
2. Diario Oficial. Gaceta del Congreso 458 de 2005.   [↑](#footnote-ref-3)
3. Ibídem. [↑](#footnote-ref-4)
4. Diario Oficial. Gaceta del Congreso 416 de 2007, Informe de Conciliación Senado.  [↑](#footnote-ref-5)
5. 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-6)
6. Decreto 1082 de 2015: «Articulo 2.2.1.1.1.3.1. Definiciones. Los términos no definidos en el Título I de la Parte 2 del presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio. Para la interpretación del presente Título I, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que a continuación se indica. Los términos definidos son utilizados en singular y en plural de acuerdo como lo requiera el contexto en el cual son utilizados.

[…]

»Capacidad Residual o K de Contratación: Aptitud de un oferente para cumplir oportuna y cabalmente con el objeto de un contrato de obra, sin que sus otros compromisos contractuales afecten su habilidad de cumplir con el contrato que está en proceso de selección». [↑](#footnote-ref-7)
7. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de junio de 2003. Rad. 13.354. C.P: María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-8)
8. «Artículo 2.2.1.1.1.6.4. Capacidad Residual: El interesado en celebrar contratos de obra pública con Entidades Estatales debe acreditar su Capacidad Residual o K de Contratación con los siguientes documentos:

»1. La lista de los contratos de obras civiles en ejecución suscritos con Entidades Estatales y con entidades privadas, así como el valor y plazo de tales contratos, incluyendo contratos de concesión y los contratos de obra suscritos con concesionarios.

»2. La lista de los contratos de obras civiles en ejecución, suscritos por sociedades, consorcios o uniones temporales, en los cuales el proponente tenga participación, con Entidades Estatales y con entidades privadas, así como el valor y plazo de tales contratos, incluyendo los contratos de concesión y los contratos de obra suscritos con concesionarios.

»3. Balance general auditado del año inmediatamente anterior y estado de resultados auditado del año en que haya obtenido el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años. Los estados financieros deben estar suscritos por el interesado o su representante legal y el revisor fiscal si está obligado a tenerlo, o el auditor o contador si no está obligado a tener revisor fiscal. Si se trata de proponentes obligados a tener RUP, las Entidades Estatales solo deben solicitar como documento adicional el estado de resultados del año en que el proponente obtuvo el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años». [↑](#footnote-ref-9)
9. MARTÍNEZ MAS, Francisco. Terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios. Madrid: Librería Dykinson, 2001. p. 131. [↑](#footnote-ref-10)
10. Ibidem, p. 129. [↑](#footnote-ref-11)
11. Al respecto, la doctrina explica que «El constructor se ha obligado a construir la obra, y no solo a poner los medios necesarios para ello, porque ha asumido una obligación de resultado. Su culminación es la entrega de la obra terminada o de lo que la obra produce, al comitente. *En tanto acto material, la entrega es simultáneamente el medio por el por el que se da cumplimiento a la obligación principal del constructor y se satisface el derecho principal del comitente*. La recepción es, consecuentemente, un derecho del constructor y una obligación del comitente, aunque sea obvio destacarlo» (PODETTI, Humberto. El contrato de construcción. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004. p. 435, cursivas fuera de texto). [↑](#footnote-ref-12)
12. *Ibidem*., p. 435. [↑](#footnote-ref-13)
13. Para sostener el argumento podría asumirse que «La liquidación de la obra constituye la última fase de la consumación de la obra y determina el precio que debe abonar el dueño de la obra. *Una vez la misma ha sido terminada, entregada y recibida por el promotor, éste tiene la obligación de pagar el precio convenido*» (MARTÍNEZ MAS, Ob. Cit., p. 163. Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-14)
14. En efecto, «[…] *no toda finalización de un plazo contractual tiene carácter extintivo del negocio, sino que la regla general es que el contrato permanezca vigente cuando se encuentre pendiente el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, así se haya colocado en estado de liquidación*. Esta es la idea que apoya la conclusión según la cual a pesar de que haya vencido el plazo, sin haberse liquidado el negocio, es viable que se conmine al contratista por medio de la multa o se le imponga la cláusula penal pecuniaria previa declaratoria de incumplimiento, pues al tenor del artículo 17 de la ley 1150 de 2007, tales facultades, únicamente, son procedentes “mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista”, incumplimiento que, incluso, puede prologarse –como de hecho sucede, a veces, en la práctica– hasta la etapa de liquidación del contrato, es decir, superando la fecha, por ejemplo, de finalización del plazo inicial o con sus adiciones» (DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. La liquidación. Medellín: Librería Jurídica Sánchez – Centro de Estudios de Derecho Administrativo, 2013. pp. 66-67. Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-15)