**CAPACIDAD RESIDUAL – Definición**

La capacidad residual es una aptitud que se exige a los oferentes con el objetivo de establecer o determinar si estos pueden o no cumplir de manera oportuna y a cabalidad las obligaciones derivadas del contrato de obra pública, sin que los demás compromisos contractuales que hubieran adquirido les afecte la habilidad de cumplir con el objeto del contrato que está en proceso de selección. 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».

Teniendo en cuenta lo dicho antes, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente considera que la capacidad residual hace referencia a la suficiencia que se predica del proponente para asumir nuevas obligaciones que se derivan del contrato objeto del proceso de contratación, en relación con las obligaciones que ya ha adquirido simultáneamente.

**CAPACIDAD RESIDUAL – Alcance – Aplicabilidad – Mínima cuantía**

Tanto el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, como el artículo 72 de la Ley 1682 de 2013, al regular lo relativo a la capacidad residual determinan su aplicación respecto de una tipología contractual –contrato de obra– sin restringirla a una modalidad de selección específica. De acuerdo con lo anterior, todas las entidades estatales que adelanten procesos de contratación de obra pública, sin importar la modalidad de selección del contratista, están obligadas a verificar la capacidad residual de los proponentes, como requisito habilitante para participar en el proceso y, por ende, se puede concluir que lo establecido en el artículo 72 de la Ley 1682 de 2013 es aplicable en los procesos de obra realizados a través de la modalidad de selección de mínima cuantía.

La postura anterior además es sostenida en forma concreta por la Agencia Nacional de Contratación – Colombia Compra Eficiente en el Manual para la modalidad de selección de mínima cuantía, al establecer que: «en los Procesos de Contratación de obra pública en la modalidad de selección de mínima cuantía las Entidades Estatales deberán solicitar la Capacidad Residual o K de Contratación y verificarla directamente, sin solicitar RUP».

Bogotá D.C., **20/11/2020 9:13:35s**

**N° Radicado: 2202013000011479**

Señor

**Edwin Buitrago Duarte**

Ciudad

**Concepto C ‒ 668 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CAPACIDAD RESIDUAL – Definición / CAPACIDAD RESIDUAL – Alcance – Aplicabilidad – Mínima cuantía |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000009114  |

Estimado señor Buitrago:

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 8 de octubre del 2020.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente pregunta: «¿Es aplicable en los procesos de obra realizados a través de mínima cuantía, lo establecido en el artículo 72 de la Ley 1682 de 2013?»

1. **Consideraciones**

Para resolver su consulta, se analizarán los siguientes temas: i) concepto de capacidad residual, y ii) el alcance de los artículos 6 Ley 1150 de 2007 y artículo 72 de la Ley 1682 de 2013.

**2.1. Capacidad Residual. Concepto y régimen jurídico aplicable**

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre la capacidad residual y la forma en que se debe acreditar, en los conceptos del 27 de agosto y el 20 y 26 (2) de diciembre de 2019 −radicados Nos. 2201913000006275, 2201913000009465, 2201913000009642 y 2201913000009640−. Así como también en los conceptos C-022, C-089, C-112, C-133, C-222 y C-458 de 2020. Las tesis propuestas se reiteran en las siguientes consideraciones.

La capacidad residual es una aptitud que se exige a los oferentes con el objetivo de establecer o determinar si estos pueden o no cumplir de manera oportuna y a cabalidad las obligaciones derivadas del contrato de obra pública, sin que los demás compromisos contractuales que hubieran adquirido les afecte la habilidad de cumplir con el objeto del contrato que está en proceso de selección[[1]](#footnote-1). 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»[[2]](#footnote-2).

Teniendo en cuenta lo dicho antes, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente considera que la capacidad residual hace referencia a la suficiencia que se predica del proponente para asumir nuevas obligaciones que se derivan del contrato objeto del proceso de contratación, en relación con las obligaciones que ya ha adquirido simultáneamente.

La Ley 1150 de 2007 establece 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:

Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes. Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

[…]

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.

El artículo 72 de la Ley 1682 de 2013, corregido por el artículo 1 del Decreto 476 de 2014, por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte, establece:

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 se deberá calcular mediante la evaluación de los siguientes factores: Experiencia (E), Capacidad Financiera (CF), Capacidad Técnica (CT), y Capacidad de Organización (CO).

Para los efectos de la evaluación de los factores mencionados en el inciso anterior, por ningún motivo, ni bajo ninguna circunstancia se podrán tener en cuenta la rentabilidad y las utilidades.

El Gobierno Nacional reglamentará la materia, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la promulgación de la presente ley, acudiendo al concepto técnico de la Sociedad Colombiana de ingenieros, en virtud de la Ley 46 de 1904, para propender por una reglamentación equitativa en la implementación de mínimos y máximos que garanticen los derechos de los pequeños contratistas.

El Decreto 1082 de 2015 en el artículo 2.2.1.1.1.6.4. recoge el desarrollo legislativo de la capacidad residual, en especial los componentes de la Ley 1682 de 2013. De tal forma, el artículo en mención establece que las entidades estatales deberán calcular la capacidad residual conforme a la metodología definida por Colombia Compre Eficiente y precisó que, para tales fines, resulta necesario tener en cuenta los factores de: i) experiencia; ii) capacidad financiera; iii) capacidad técnica; iv) capacidad de organización; y v) los saldos de los contratos en ejecución, así:

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: […]

La Entidad Estatal debe calcular la Capacidad Residual del proponente de acuerdo con la metodología que defina Colombia Compra Eficiente, teniendo en cuenta los factores de: Experiencia (E), Capacidad Financiera (CF), Capacidad Técnica (CT), Capacidad de Organización (CO), y los saldos de los contratos en ejecución (SCE).

De conformidad con lo anterior, la Agencia Nacional de 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 le 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, claro está, teniendo en cuenta la siguiente información aportada por el proponente:

* La lista de los Contratos en Ejecución, así como el valor y plazo de tales contratos.
* La lista de los Contratos en Ejecución, suscritos por sociedades, consorcios o uniones temporales, en los cuales el proponente tenga participación, así como el valor y plazo de tales contratos.
* El estado de resultados auditado que contiene el mejor ingreso operacional de los últimos cinco (5) años y el balance general auditado del último año, suscrito 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 que contiene el mejor ingreso operacional de los últimos cinco (5) años puesto que la información de la liquidez se encuentra en el RUP.

Ahora bien, para lo primero, esto es, para establecer la capacidad residual del proceso de contratación –CRPC–, se debe establecer si el plazo del contrato es superior de doce (12) 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. De lo contrario, equivale a la proporción lineal de 12 meses del presupuesto oficial estimado menos el anticipo o pago anticipado.

Para lo segundo, es decir, verificar que cada proponente cumple con la CRPC, la entidad pública debe verificar que la capacidad residual del proponente –en adelante 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:



A cada uno de estos factores se les asigna el siguiente puntaje máximo: i) «E» 120; ii) «CF» 40; y iii) «CT» 40. La «CO» no tiene asignación de puntaje en la fórmula, por un lado, porque su unidad de medida es en pesos colombianos «COP» y, por el otro, debido a que el mismo constituye un factor multiplicador de los demás factores en la fórmula. A continuación, se explicará, en términos generales, cómo calcular cada factor:

1. *Capacidad financiera.* Se mide por el «índice de liquidez» y este, a su vez, corresponde al resultado de dividir el «activo corriente» sobre el «pasivo corriente». El resultado puede ser calificado entre 20 y cuarenta puntos, según se explica en la Guía.
2. *Capacidad técnica*. Se determina teniendo en cuenta el número de socios y profesionales de la arquitectura, ingeniería y geología vinculados mediante una relación laboral o contractual. El puntaje a asignar, según la Guía, oscila entre 20 y 40 puntos. Para tales fines, se aclara, el proponente debe diligenciar el Anexo 2 de la «Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública» −este es diferente al Anexo 2 de los documentos tipo−.
3. *Capacidad de organización*. Corresponde a los ingresos operacionales, según el siguiente cuadro:

|  |  |
| --- | --- |
| **Años de información financiera** | **Capacidad de organización** |
| Cinco (5) años o más | Mayor ingreso operacional de los últimos cinco años |
| Entre uno (1) y cinco (5) años | Mayor ingreso operacional de los años de vida del oferente |
| Menos de un (1) año | USD 125.000 |

1. *Saldos de los contratos en ejecución*. Debe hacerse linealmente y calculando una «ejecución diaria equivalente al valor del contrato dividido por el plazo del contrato expresado en días». El resultado obtenido se debe multiplicar por el número de días pendientes para cumplir el plazo del contrato. Si el número de días por ejecutar en un contrato es superior a 360 días, solo se tendrá en cuenta la proporción lineal de 12 meses.
2. *Experiencia*. Para efectos de la capacidad residual, corresponde a la relación entre «el valor total en pesos de los contratos relacionados con la actividad de la construcción inscritos por el proponente en el Registro Único de Proponentes –RUP– en el segmento 72 […] del Clasificador de Bienes y Servicios», de un lado, y el presupuesto oficial estimado del Proceso de Contratación, del otro. La relación indica el número de veces que el proponente ha ejecutado contratos equivalentes a la cuantía del proceso de contratación, según se explica en esta fórmula:



Resulta del caso precisar que si bien es cierto que es la entidad estatal la que debe calcular la capacidad residual de los proponentes, también lo es que estos últimos, como ya se dijo, tienen como carga aportar los documentos para acreditarla[[3]](#footnote-3). Al respecto, la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, en el punto 7, dispone lo siguiente:

En desarrollo del artículo 2.2.1.1.1.6.4. del Decreto 1082 de 2015, Colombia Compra Eficiente expide la “Guía para determinar y verificar la Capacidad Residual del proponente en los procesos de contratación de obra pública”, y conjuntamente un aplicativo de Excel diseñado para facilitar el cálculo. Este aplicativo es un instrumento de apoyo que no exime a las Entidades Estatales y a los proponentes de realizar el cálculo de la Capacidad Residual en los términos de la Guía.

La “Guía para determinar y verificar la Capacidad Residual del proponente en los procesos de contratación de obra pública” y el aplicativo de Excel están disponibles en la página web: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias>

Para acreditar el factor experiencia –E–, el proponente debe suscribir el formato correspondiente al anexo 1 de la «Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública», el cual debe ser diligenciado, por un lado, con los contratos inscritos en el segmento 72 y, por el otro, con el valor total de dichos contratos expresado en pesos colombianos y liquidados con el SMMLV. El Anexo 1 es el siguiente:



Nótese que en la parte superior derecha se lee que el valor total de los contratos ejecutados corresponde «al valor del contrato ponderado por la participación en pesos colombianos». Ahora bien, en criterio de la Agencia Nacional de Contratación Pública, la noción «liquidados con el SMMLV», contenida en la página 7 de la «Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública», implica que para efectos prácticos el anexo 1 hace referencia: i) al contrato relacionado con la actividad de la construcción −segmento 72, clasificador UNSPSC− y ii) al valor de cada uno de esos contratos de acuerdo a los salarios mínimos mensuales legales vigentes –SMMLV– registrados en el RUP. De ser necesario, el proponente tendrá que diligenciar la casilla del porcentaje de «participación del proponente en el contratista plural» y calcular, según dicho porcentaje, el valor del contrato a tener en cuenta, de tal forma que si, por ejemplo, el contrato inscrito en el RUP es de cien (100) SMMLV, pero su participación fue del cincuenta (50) por ciento, en la casilla «valor total de los contratos ejecutados» solo se podrán incluir cincuenta (50) de los cien (100) SMMLV, dado el porcentaje de participación del proponente.

De todos modos, el valor total de los contratos referidos en el anexo 1 debe liquidarse en pesos colombianos, según el salario mínimo mensual legal vigente para el momento en el que se realiza la presentación de la oferta. Esta conversión de salarios a pesos encuentra fundamento, por un lado, en los criterios expuestos en la «Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública», particularmente en lo que señala el párrafo 5 de la página 7 de dicho documento. Por otro lado, se justifica en el hecho de que la fórmula a aplicar requiere que la información se exprese en pesos y no en SMMLV.

En suma, a la entidad contratante le corresponde, por una parte, establecer la capacidad residual del proceso de contratación –CRPC– y, por la otra, determinar si los proponentes cumplen con la capacidad residual del proceso de contratación, claro está, teniendo en cuenta la información aportada por el oferente, y según los criterios y directrices de los párrafos precedentes.

Expuesto el régimen jurídico general, relacionado con la capacidad residual, debe tenerse en cuenta que el manual para la modalidad de selección de mínima cuantía, expedido por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, al determinar las características propias de esta modalidad establece que *«en los Procesos de Contratación de obra pública en la modalidad de selección de mínima cuantía las Entidades Estatales deberán solicitar la Capacidad Residual o K de Contratación y verificarla directamente, sin solicitar RUP»*. De ahí que se afirme que la diferencia, por ejemplo, con la licitación pública, consiste en la forma de verificación de la capacidad residual, mas no su exigencia, toda vez que el último aspecto depende de la tipología contractual, esto es, si se trata de un contrato de obra es procedente el requisito de la capacidad residual.

Sin embargo, como se desprende del manual, en el aparte transcrito, la entidad en la invitación debe establecer los requisitos y documentos que exigirá a los proponentes dirigidos a evaluar su capacidad residual, toda vez que en los procesos de mínima cuantía no resulta exigible el Registro Único de Proponentes.

En suma, en respuesta a la pregunta del peticionario, de acuerdo con las normas mencionadas, particularmente el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 72 de la Ley 1682 de 2013, debido a que la normativa hace referencia a una tipología contractual –contrato de obra– y no restringe a una modalidad de selección específica su aplicación, todas las entidades estatales que adelanten procesos de contratación de obra pública, sin importar la modalidad de selección del contratista, están obligadas a verificar la capacidad residual de los proponentes, como requisito habilitante para participar en el procedimiento de selección.

**3. Respuesta**

«Es aplicable en los procesos de obra realizados a través de mínima cuantía, lo establecido en el artículo 72 de la Ley 1682 de 2013»

## Tanto el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, como el artículo 72 de la Ley 1682 de 2013, al regular lo relativo a la capacidad residual determinan su aplicación respecto de una tipología contractual –contrato de obra– sin restringirla a una modalidad de selección específica. De acuerdo con lo anterior, todas las entidades estatales que adelanten procesos de contratación de obra pública, sin importar la modalidad de selección del contratista, están obligadas a verificar la capacidad residual de los proponentes, como requisito habilitante para participar en el proceso y, por ende, se puede concluir que lo establecido en el artículo 72 de la Ley 1682 de 2013 es aplicable en los procesos de obra realizados a través de la modalidad de selección de mínima cuantía.

##  La postura anterior además es sostenida en forma concreta por la Agencia Nacional de Contratación – Colombia Compra Eficiente en el Manual para la modalidad de selección de mínima cuantía, al establecer que: «en los Procesos de Contratación de obra pública en la modalidad de selección de mínima cuantía las Entidades Estatales deberán solicitar la Capacidad Residual o K de Contratación y verificarla directamente, sin solicitar RUP». En este sentido, en los procesos de mínima cuantía también resulta exigible el requisito habilitante de capacidad residual, pero tal como se desprende del manual, en el aparte transcrito, la entidad en la invitación debe establecer los requisitos y documentos que exigirá a los proponentes dirigidos a evaluar su capacidad residual, toda vez que en los procesos de mínima cuantía no resulta exigible el Registro Único de Proponentes.

##

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nathalia Urrego JiménezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1 – 15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |

1. 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-1)
2. Consejo de Estado. Sección Tercera. Providencia del 26 de junio de 2003. Exp. 13.354. M.P. María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-2)
3. Decreto 1082 de 2015. «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-3)