CCE-DES-FM-17

**DECRETO 399 DE 2021 – Finalidad – Reactivación económica**

Para lograr la reactivación económica, ante la crisis generada por la pandemia del COVID-19, el gobierno nacional expidió el Decreto 399 de 2021, mediante el cual se establecen algunas modificaciones al Decreto 1082 de 2015 frente a la regulación de la información financiera y organizacional prevista en el Registro Único de Proponentes –RUP–.

**DECRETO 399 DE 2021 – Información – Capacidad financiera – Capacidad organizacional**

[…] el artículo 4 del Decreto 399 de 2021 adicionó dos parágrafos transitorios al artículo 2.2.1.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, que a su vez fueron sustituidos posteriormente por el artículo 1 del Decreto 579 del 31 de mayo de 2021. El parágrafo transitorio 1 establece que desde el 1 de junio de 2021 los interesados en inscribirse en el RUP deben reportar la información contable y los estados financieros, de los tres últimos años fiscales. Pero, si el interesado no tiene una antigüedad de tres años, podrá acreditar dicha información desde el primer cierre fiscal. Dicho parágrafo además permite que el proponente con inscripción activa y vigente en el RUP actualice la información del 2018 y/o 2019, por no contar con los datos sobre la capacidad financiera y organizacional de estos años, de manera gratuita, durante el mes de junio, por una sola vez. En todo caso, aclara que, si el proponente tiene registrada la información de dichos años en la cámara de comercio, no deberá presentar la actualización.

**DECRETO 399 DE 2021 – Indicadores – Capacidad financiera – Capacidad organizacional**

Por otra parte, el artículo 5 del Decreto 399 de 2021 adicionó dos parágrafos transitorios al artículo 2.2.1.1.1.5.6. del Decreto 1082 de 2015, que regula el contenido del certificado del RUP. El primer parágrafo transitorio, que fue posteriormente sustituido por el artículo 2 del Decreto 579 de 2021, establece que «[…] los requisitos e indicadores de la capacidad financiera y organizacional de que trata el literal (b) del artículo 2.2.1.1.1.5.6. del Decreto 1082 de 2015 corresponderán a los últimos tres (3) años fiscales anteriores a la inscripción o renovación, dependiendo de la antigüedad del proponente». Para esto, las cámaras de comercio, a partir del 1 de julio de 2021, «certificarán la información de que tratan los parágrafos transitorios 1 y 2 del artículo 2.2.1.1.1.5.2. de este Decreto». Los requisitos e indicadores de la capacidad financiera consagrados en el literal (b) del artículo 2.2.1.1.1.5.6. del Decreto 1082 de 2015 son: i) el índice de liquidez, ii) el índice de endeudamiento y iii) la razón de cobertura de intereses. Los requisitos e indicares de capacidad organizacional son: i) la rentabilidad del patrimonio y ii) la rentabilidad del activo. El segundo parágrafo transitorio dispone que «El proponente con inscripción activa y vigente que reporte la información de la capacidad financiera y organizacional, señalada en los parágrafos transitorios 1 y 2 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del presente Decreto, deberá presentarla en el formato que las Cámaras de Comercio dispongan unificadamente para tal efecto"».

**MEJOR AÑO FISCAL – Decreto 399 – Capacidad financiera – Capacidad organizacional – Interpretación**

Por «mejor año fiscal» se interpreta la información relativa al año apreciada en su conjunto, o sea, de manera integral, que permita al proponente cumplir los requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional. Dicho de otro modo, cuando el parágrafo transitorio del artículo 2.2.1.1.1.6.2, adicionado por el artículo 6 del Decreto 399 de 2021, establece que «[…] las Entidades Estatales evaluarán estos indicadores, teniendo en cuenta el mejor año fiscal que se refleje en el registro de cada proponente», significa que deben examinar los años certificados en el RUP y escoger para ser evaluado el que refleje mejores indicadores de capacidad financiera y organizacional.

Por lo tanto, el parágrafo transitorio, agregado al artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015 por el artículo 6 del Decreto 399 de 2021, no exige que las entidades estatales tengan en cuenta el mejor año por cada indicador; verbigracia, el mejor año para el índice de liquidez, el mejor año para el índice de endeudamiento o el mejor año para la rentabilidad del patrimonio. Atendiendo a la teleología del Decreto 399 de 2021, por «mejor año» debe entenderse aquel en el que, analizados conjuntamente todos los indicadores de capacidad financiera y organizacional, el proponente cumpla con dichos requisitos habilitantes.

**EVALUACIÓN DE LA CAPACIDAD FINANCIERA Y ORGANIZACIONAL – Proponente plural – Mejor año fiscal**

De acuerdo con las consideraciones anteriores, dado que los consorcios y las uniones temporales carecen de RUP, y que el artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 del 2015 aplica tanto a proponentes individuales como a proponentes plurales, cuando la norma se refiere a que «[…] las Entidades Estatales evaluarán estos indicadores, teniendo en cuenta el mejor año fiscal que se refleje en el registro de cada proponente», es necesario aplicar los efectos de esta última expresión a los miembros del consorcio o la unión temporal que cuenten con la información vigente y en firme en el RUP. Esto en la medida que, si bien los proponentes plurales carecen de personería, el parágrafo transitorio del artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 del 2015 puede aplicarse a cada uno de los integrantes que deba inscribirse en el registro conforme al artículo 6 de la Ley 1150 de 2007. En este caso, aplicando la norma al supuesto objeto de consulta, la entidad evaluará los indicadores financieros y organizacionales con el mejor año fiscal que se refleje en el RUP de cada integrante del consorcio o la unión temporal conforme a la explicación precedente.

Texto

Descripción generada automáticamente

CCE-DES-FM-17

Bogotá D.C., 14 octubre 2021

Señor(a)

Peticionario(a)

auxiliarcomercial1@serlecomsas.com

**Concepto C ‒ 581 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CAPACIDAD FINANCIERA – Concepto – Requisito habilitante / CAPACIDAD ORGANIZACIONAL – Concepto – Requisito habilitante / DECRETO 399 DE 2021 – Finalidad – Reactivación económica / DECRETO 399 DE 2021 – Información – Capacidad financiera – Capacidad organizacional / MEJOR AÑO FISCAL – Decreto 399 – Capacidad financiera – Capacidad organizacional – Interpretación / EVALUACIÓN DE LA CAPACIDAD FINANCIERA Y ORGANIZACIONAL – Proponente plural – Mejor año fiscal |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # P20210902007990 |

Estimado(a) señor(a):

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 7 de septiembre de 2021.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta: «[…] en procesos donde se generen Uniones temporales, a los efectos de la verificación financiera de conformidad con el Decreto 579 del presente año, la UT será verificada con un año Fiscal para ambos, o cada Integrante escogerá su año fiscal para efectos de la evaluación».

1. **Consideraciones**

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional, ii) modificaciones introducidas por los Decretos 399 de 2021 y 579 de 2021, frente a la información del RUP y verificación de la capacidad financiera y organizacional y iii) Uniones temporales y verificación de la capacidad financiera.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, estudió la acreditación de los indicadores de capacidad financiera y organizacional de los oferentes mediante el RUP, así como el cálculo de la capacidad residual, entre otros, en los conceptos No. 4201912000006798 del 24 de octubre de 2019, C-002 del 12 de febrero de 2020, C-089 del 4 de marzo de 2020, C-099 del 06 de abril de 2020, C-166 del 14 de abril de 2020, C-233 del 16 de abril de 2020, C-326 del 9 de junio de 2020 y C-140 del 9 de abril de 2021. Adicionalmente, en los conceptos C-288 del 17 de junio de 2021, C-353 del 19 de julio de 2021, C-366 del 26 de julio de 2021, C-372 del 28 de julio de 2021, C-406 del 13 de agosto de 2021, C-407, C-443 y C 540 del 25 de agosto de 2021, C-558 del 2 de septiembre de 2021 y C-516 del 22 de septiembre de 2021, se analizó la definición del «mejor año fiscal» y la forma en que se efectuará la verificación de las ofertas, a la luz de las modificaciones introducidas mediante los Decretos 399 y 579 de 2021. Algunas de las consideraciones de estos conceptos, que se encuentran publicados en la relatoría de la entidad[[1]](#footnote-2), se reiteran y complementan a continuación.

**2.1. Requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional**

La Ley 1150 de 2007, en el artículo 5, exige el cumplimiento de los requisitos habilitantes en los procesos de selección. A través de ellos las entidades fijan unos requisitos mínimos que debe tener y acreditar el proponente, para que pueda verificarse su aptitud para participar en el procedimiento de contratación y, si se le adjudica, ejecutar el contrato estatal[[2]](#footnote-3). Dentro de los requisitos habilitantes se destaca la «capacidad financiera» y la «capacidad organizacional». La entidad, como responsable de la estructuración de su procedimiento de selección, es autónoma para requerir la capacidad financiera y la capacidad organizacional necesarias, de acuerdo con la naturaleza del contrato que se pretende suscribir y a su valor. Para esto, la entidad, según el artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015, debe tener en cuenta el estudio del sector y sus componentes, como por ejemplo la identificación de riesgos, así como el precio del bien, obra o servicio a contratar[[3]](#footnote-4).

La «capacidad financiera» se deriva del índice de liquidez, de endeudamiento y de la razón de cobertura de intereses del proponente, y permite conocer si tiene solidez financiera suficiente para cumplir los compromisos que adquiera en virtud de la celebración del contrato. Como lo explicó la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el «Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación», «Los indicadores de capacidad financiera buscan establecer unas condiciones mínimas que reflejan la salud financiera de los proponentes a través de su liquidez y endeudamiento. Estas condiciones muestran la aptitud del proponente para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato»[[4]](#footnote-5).

La «capacidad organizacional», por su parte, «[…] es la aptitud de un proponente para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato en función de su organización interna. El Decreto 1082 de 2015 definió los indicadores de rentabilidad para medir la capacidad organizacional de un proponente teniendo en cuenta que está bien organizado cuando es rentable»[[5]](#footnote-6).

Respecto de la capacidad financiera, esta debe inscribirse en el RUP con los estados financieros del proponente, suscritos por el representante legal y el revisor fiscal, si cuenta con él. Si es una sociedad no obligada a tenerlo estos documentos también deben suscribirse por el auditor o contador. De este modo, lo que se verifica con el RUP es que el proponente tenga los indicadores financieros solicitados por la entidad, que le permitan satisfacer la necesidad que se contratará una vez desarrollado el procedimiento de selección. Por otro lado, la capacidad organizacional evalúa la rentabilidad de la empresa, que es directamente proporcional a su organización interna, y también se verifica con el RUP, de acuerdo con los indicadores financieros y organizacionales señalados en el artículo 2.2.1.1.1.5.3. del Decreto 1082 de 2015.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente puso a disposición de los interesados el «Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación». En él se plantean definiciones para cada requisito habilitante y se indican lineamientos orientadores que las entidades pueden considerar para establecerlos, en este caso, para exigir la capacidad financiera y la capacidad organizacional. Sobre la capacidad financiera, como requisito habilitante, el Manual señala que sus indicadores deben establecerse de acuerdo con el estudio del sector que le permitió a la entidad conocer cómo se debe ejecutar el objeto contractual, y que es necesario analizar cada fórmula para que la interpretación no sea operativa, sino que su aplicación se base en el entendimiento del resultado y sus implicaciones para el procedimiento contractual[[6]](#footnote-7).

Ahora bien, la capacidad organizacional también se mide a través de indicadores: i) rentabilidad del patrimonio y ii) rentabilidad del activo. Sus resultados deben interpretarse observando el riesgo que un indicador alto o bajo representa para el procedimiento. Por ende, la entidad debe establecer unos límites dentro de los cuales se garantice que el proponente pueda cumplir el contrato en caso de celebrarlo[[7]](#footnote-8). No obstante, las entidades estatales son autónomas en la estructuración de sus procedimientos contractuales, por lo cual en sus pliegos de condiciones o documentos equivalentes pueden establecer los indicadores financieros y organizacionales necesarios, siempre que estos sean proporcionales al objeto a ejecutar y al valor del contrato.

**2.2. Modificaciones introducidas por los Decretos 399 de 2021 y 579 de 2021, frente a la información del RUP y verificación de la capacidad financiera y organizacional. Su aplicación frente a los proponentes plurales**

Para lograr la reactivación económica, ante la crisis generada por la pandemia del COVID-19, el gobierno nacional expidió el Decreto 399 de 2021, mediante el cual se establecen algunas modificaciones al Decreto 1082 de 2015 frente a la regulación de la información financiera y organizacional prevista en el Registro Único de Proponentes –RUP–. En tal sentido, se indicó –a partir de la modificación posteriormente introducida por el Decreto 579 de 2021– que a partir del 1 de *julio* de 2021[[8]](#footnote-9) las entidades estatales deberán tener en cuenta los datos sobre la capacidad financiera y organizacional de los últimos tres años, consignada en el RUP. Así lo justifica textualmente el reglamento mencionado, en sus consideraciones:

Que debido al impacto negativo en la economía del país, generado por la pandemia del COVID-19, reconociendo la realidad financiera de muchas de las personas naturales y jurídicas que fueron afectadas por ella y con la finalidad de permitir la reactivación económica, es conveniente modificar transitoriamente algunos artículos del Decreto 1082 de 2015, para que el Registro Único de Proponentes contenga información financiera de los oferentes en relación con los últimos tres (3) años y no solo del último año, lo cual aplicaría para las inscripciones y renovaciones que se realicen en los años 2021 y 2022.

Que la modificación anterior brindará herramientas adicionales a las entidades estatales para que, en su deber de planeación y de análisis del sector, determinen los requisitos habilitantes exigibles en sus procedimientos de selección, particularmente, en relación con la capacidad financiera y organizacional de los proponentes. Lo anterior, teniendo en cuenta la situación actual derivada de la pandemia del COVID-19, toda vez que la mayoría de los sectores económicos han sufrido efectos negativos a causa de esta.

Que en armonía con lo anterior, para los procesos de selección cuyo acto administrativo de apertura o invitación se publique a partir del 1 de septiembre de 2021, las entidades estatales al estructurar sus procedimientos de selección tendrán en cuenta la información vigente y en firme que conste en el RUP, por lo que al evaluar las ofertas verificarán el cumplimiento de los requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional, con los indicadores del mejor año que se refleje en el registro de cada proponente. De esta manera, los oferentes podrán acreditar el cumplimiento de estos requisitos habilitantes con los mejores indicadores de los últimos tres (3) años.

Que mediante lo anterior se propenderá por una mayor pluralidad de oferentes en los procedimientos de selección y se fortalecerá la reactivación económica del país, al permitir la participación en estos procedimientos de proponentes que fueron afectados negativamente por la pandemia del COVID-19.

En tal sentido, el artículo 4 del Decreto 399 de 2021 adicionó dos parágrafos transitorios al artículo 2.2.1.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, que a su vez fueron sustituidos posteriormente por el artículo 1 del Decreto 579 del 31 de mayo de 2021[[9]](#footnote-10). El parágrafo transitorio 1 establece que desde el 1 de junio de 2021 los interesados en inscribirse en el RUP deben reportar la información contable y los estados financieros de los tres últimos años fiscales. Sin embargo, si el interesado no tiene una antigüedad de tres años, podrá acreditar dicha información desde el primer cierre fiscal. Dicho parágrafo además permite que el proponente con inscripción activa y vigente en el RUP actualice la información del 2018 y/o 2019, por no contar con los datos sobre la capacidad financiera y organizacional de estos años, de manera gratuita, durante el mes de junio, por una sola vez. En todo caso, aclara que, si el proponente tiene registrada la información de dichos años en la cámara de comercio, no deberá presentar esta información.

El parágrafo transitorio 2 establece que, en el año 2022, para la inscripción en el RUP o para su renovación, el interesado debe reportar la información contable y los estados financieros de los tres últimos años fiscales. Además, reitera que, si aquel no cuenta con la información financiera de dichos años, por no tener la antigüedad suficiente, podrá aportar la información de su primer cierre fiscal. Igualmente, señala que, si la información del interesado correspondiente a los años 2019 y/o 2020 reposa en la cámara de comercio, no se tendrá que presentar de nuevo, porque conservará firmeza para efectos de su certificación.

Por otra parte, el artículo 5 del Decreto 399 de 2021 adiciona dos parágrafos transitorios al artículo 2.2.1.1.1.5.6. del Decreto 1082 de 2015, que regula el contenido del certificado del RUP. El primer parágrafo transitorio, que fue posteriormente sustituido por el artículo 2 del Decreto 579 de 2021, establece que «[…] los requisitos e indicadores de la capacidad financiera y organizacional de que trata el literal (b) del artículo 2.2.1.1.1.5.6. del Decreto 1082 de 2015 corresponderán a los últimos tres (3) años fiscales anteriores a la inscripción o renovación, dependiendo de la antigüedad del proponente». Para esto, las cámaras de comercio, a partir del 1 de julio de 2021, «certificarán la información de que tratan los parágrafos transitorios 1 y 2 del artículo 2.2.1.1.1.5.2. de este Decreto». Los requisitos e indicadores de la capacidad financiera consagrados en el literal (b) del artículo 2.2.1.1.1.5.6. del Decreto 1082 de 2015 son: i) el índice de liquidez, ii) el índice de endeudamiento y iii) la razón de cobertura de intereses. Los requisitos e indicadores de capacidad organizacional son: i) la rentabilidad del patrimonio y ii) la rentabilidad del activo. El segundo parágrafo transitorio establece que «El proponente con inscripción activa y vigente que reporte la información de la capacidad financiera y organizacional, señalada en los parágrafos transitorios 1 y 2 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del presente Decreto, deberá presentarla en el formato que las Cámaras de Comercio dispongan unificadamente para tal efecto"».

De otro lado, el artículo 6 del Decreto 399 de 2021 adiciona un parágrafo transitorio –sustituido después por el artículo 3 del Decreto 579 de 2021– al artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015[[10]](#footnote-11), con el siguiente contenido:

De conformidad con los parágrafos transitorios de los artículos 2.2.1.1.1.5.2. y 2.2.1.1.1.5.6., y en desarrollo del deber de análisis de las Entidades Estatales, de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1. de este Decreto, a partir del 1° de julio de 2021 las Entidades Estatales establecerán y evaluarán los requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional teniendo en cuenta la información que conste en el Registro Único de Proponentes. En todo caso, se establecerán indicadores proporcionales al procedimiento de contratación.

Para ello, atendiendo a las condiciones aludidas, en relación con los indicadores de la capacidad financiera y organizacional, de los procesos de selección cuyo acto administrativo de apertura o invitación se publique a partir del 1° de julio de 2021, se tendrá en cuenta la información vigente y en firme en el RUP, por lo que las Entidades Estatales evaluarán estos indicadores, teniendo en cuenta el mejor año fiscal que se refleje en el registro de cada proponente. ​​

Como se observa, el parágrafo transitorio, agregado al artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015 por el artículo 6 del Decreto 399 de 2021 y sustituido por el artículo 3 del Decreto 579 de 2021, establece que:

i) A partir del 1 de julio de 2021 las entidades estatales «[…] establecerán y evaluarán los requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional teniendo en cuenta la información que conste en el Registro Único de Proponentes». Es decir, las entidades estatales deben tener en cuenta la información sobre la capacidad financiera y organizacional «correspondiente a los últimos tres (3) años fiscales anteriores al respectivo acto» o «desde su primer cierre fiscal», según el caso.

ii) Las entidades estatales conservan su discrecionalidad administrativa para determinar los requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional, pero «En todo caso, se establecerán indicadores proporcionales al procedimiento de contratación». El principio de proporcionalidad exige que dichos indicadores sean razonables, o sea, que guarden congruencia con el objeto, alcance, valor y plazo del contrato, que sean necesarios y no restrinjan injustificadamente la libre concurrencia.

iii) En los procesos de selección cuyo acto administrativo de apertura o invitación se publique a partir del 1 de julio de 2021 las entidades estatales deberán tener en cuenta la información financiera y organizacional que esté vigente y en firme en el RUP.

iv) A partir de la fecha establecida anteriormente, la evaluación de los indicadores de capacidad *financiera –*índice de liquidez, índice de endeudamiento y razón de cobertura de intereses– y *organizacional* –rentabilidad del patrimonio y rentabilidad del activo–, se deberá realizar por parte de las entidades estatales «teniendo en cuenta *el mejor año fiscal que se refleje en el registro* de cada proponente» (énfasis fuera de texto).

Es decir, como el certificado del RUP debe contener la información financiera y organizacional del proponente correspondiente a los últimos tres años o al período transcurrido desde su primer cierre fiscal, según el caso, al momento de evaluar tales indicadores las entidades estatales deberán tener en cuenta «el mejor año fiscal» que refleje el registro. Por «mejor año fiscal» se interpreta la información relativa al año apreciada en su conjunto, o sea, de manera integral, que permita al proponente cumplir los requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional. Dicho de otro modo, cuando el parágrafo transitorio del artículo 2.2.1.1.1.6.2, adicionado por el artículo 6 del Decreto 399 de 2021 y sustituido por el artículo 3 del Decreto 579 de 2021, establece que «[…] las Entidades Estatales evaluarán estos indicadores, teniendo en cuenta el mejor año fiscal que se refleje en el registro de cada proponente», significa que deben examinar los años certificados en el RUP y escoger para ser evaluado el que refleje mejores indicadores de capacidad financiera y organizacional, que permita al proponente cumplir los requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional.

Por lo tanto, el parágrafo transitorio, agregado al artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015 por el artículo 6 del Decreto 399 de 2021 y sustituido por el artículo 3 del Decreto 579 de 2021, no exige que las entidades estatales tengan en cuenta el mejor año *por cada indicador*; verbigracia, el mejor año para el índice de liquidez, el mejor año para el índice de endeudamiento o el mejor año para la rentabilidad del patrimonio. Atendiendo a la teleología del Decreto 399 de 2021, por «mejor año» debe entenderse aquel en el que, analizados conjuntamente todos los indicadores de capacidad financiera y organizacional, registrados en el RUP le permita al proponente cumplir con dichos requisitos habilitantes.

Aunque la referida norma no establece que sean los oferentes los que deban determinar cuál año desean que se les tenga en cuenta como el «mejor» al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional, nada obsta para que la entidad estatal en el pliego de condiciones o documento equivalente, en ejercicio de su libertad de confección de este acto administrativo, permita que los proponentes así lo señalen. Sin embargo, en caso de que un oferente diga en la propuesta cuál, desde su perspectiva, es el mejor año, tal manifestación tendría un carácter meramente indicativo para la entidad estatal, pues si esta verifica que con ese año –indicado por el proponente– aquel no cumple los requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional, debe analizar objetivamente el mejor año en la información que consta en el certificado del RUP. Lo anterior se infiere del último inciso del parágrafo transitorio agregado por el artículo 6 del Decreto 399 de 2021 y sustituido por el artículo 3 del Decreto 579 de 2021, que establece de manera imperativa que «[…] las Entidades Estatales evaluarán estos indicadores, teniendo en cuenta el mejor año fiscal que se refleje en el registro de cada proponente», independientemente de que el oferente lo haya indicado o no.

Se concluye entonces que, según la finalidad del Decreto 399 de 2021, el «mejor año fiscal» es, objetivamente, aquel en el que, vistos en su conjunto los indicadores de capacidad financiera y organizacional, el proponente podría cumplir estos requisitos habilitantes en el proceso de selección. Tales requisitos deben establecerse por la entidad estatal en el pliego de condiciones o documento equivalente y han de ser el resultado de un adecuado análisis en la fase de planeación, que permita establecer índices de capacidad financiera y organizacional razonables. Ahora bien, del hecho de que la entidad estatal deba evaluar los indicadores de capacidad financiera y organizacional teniendo en cuenta el «mejor año fiscal», no se infiere que el proponente siempre cumplirá tales requisitos habilitantes, pues, precisamente, ese es el análisis que deberá hacer la entidad pública con la información disponible en el RUP.

Por consiguiente, respecto a los procesos de selección cuyo acto administrativo de apertura o invitación haya sido publicado a partir del 1 de julio de 2021, las entidades estatales deben evaluar los indicadores de la capacidad financiera teniendo en cuenta el mejor año fiscal que se refleje en el RUP, es decir, aquel año en el que se evidencie el mayor índice de liquidez, menor índice de endeudamiento y mayor cobertura de intereses, mientras que en lo concerniente a capacidad organizacional, será aquel en el que se evidencie mayor rentabilidad sobre el patrimonio y mayor rentabilidad sobre activos, debiendo este último ser menor o igual que el primero.

Ahora bien, la norma analizada en el presente concepto aplica tanto a los proponentes individuales como plurales, pues dado que el parágrafo transitorio del artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 del 2015 no realiza distinciones al respecto, tampoco sería lícito al intérprete distinguir. No obstante, tratándose de consorcios y uniones temporales una de las dificultades para aplicar la disposición radica en que los proponentes plurales no están obligados a la inscripción en el registro único de proponentes, especialmente, cuando carecen de personería jurídica a pesar de tener capacidad contractual. En este contexto, como explica la doctrina, «Si bien la ley dota de capacidad para contratar a los consorcios y uniones temporales, ello en manera alguna significa que les haya conferido personería jurídica. Actúan y participan en la contratación estatal como si la tuvieran solo que, circunscrita a un contrato estatal, que una vez liquidado, estas formas asociativas dejan de tener vigencia para el tráfico jurídico con la entidad estatal […]»[[11]](#footnote-12).

Dado que los consorcios y las uniones temporales carecen de RUP, cuando la norma se refiere a que «[…] las Entidades Estatales evaluarán estos indicadores, teniendo en cuenta el mejor año fiscal que se refleje en el registro de cada proponente», es necesario aplicar los efectos de esta última expresión a los miembros del consorcio o la unión temporal que cuenten con la información vigente y en firme en el RUP. Esto en la medida que, si bien los proponentes plurales carecen de personería, el parágrafo transitorio del artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 del 2015 puede aplicarse a cada uno de los integrantes que deba inscribirse en el registro conforme al artículo 6 de la Ley 1150 de 2007. En este caso, aplicando la norma al supuesto objeto de consulta, la entidad evaluará los indicadores financieros y organizacionales con el mejor año fiscal que se refleje en el RUP de cada integrante del consorcio o la unión temporal conforme a la explicación precedente.

Aunado a lo expuesto, si se pensara en tomar un año en común para todos los integrantes del proponente plural, llevado a la práctica, podría presentarse el caso hipotético de escoger el antepenúltimo año reflejado en el RUP, pero uno de los integrantes puede resultar ser una empresa con un año de constituida que para la vigencia escogida no existía. Incluso, puede ser que el mejor año fiscal para uno de los integrantes del proponente plural resulte ser el peor para otro, de modo que se desdibujaría el propósito del Decreto 399 de 2021 modificado por el Decreto 579 de 2021, que precisamente busca la reactivación económica del país y con ello, ampliar la posibilidad de acceso a los procesos de contratación pública.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Agencia considera que la evaluación de los indicadores financieros y organizaciones se deben realizar con el mejor año fiscal que se refleje en el RUP de cada uno de los integrantes del consorcio o la unión temporal, pues son ellos quienes cuentan con dicho registro.

**3. Respuesta**

«[…] en procesos donde se generen Uniones temporales, a los efectos de la verificación financiera de conformidad con el Decreto 579 del presente año, la UT será verificada con un año Fiscal para ambos, o cada integrante escogerá su año fiscal para efectos de la evaluación».

Atendiendo a la teleología del 399 de 2021, modificado por el Decreto 579 de 2021, por «mejor año fiscal» debe entenderse aquel en el que, analizados conjuntamente todos los indicadores de capacidad financiera y organizacional, el proponente podría cumplir con dichos requisitos habilitantes, siendo necesaria su verificación en el certificado del RUP, donde reposa la información de los últimos tres años o del período transcurrido desde el primer cierre fiscal.

De otro lado, de acuerdo con las consideraciones anteriores, dado que los consorcios y las uniones temporales carecen de RUP, y que el artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 del 2015 aplica tanto a proponentes individuales como a proponentes plurales, cuando la norma se refiere a que «[…] las Entidades Estatales evaluarán estos indicadores, teniendo en cuenta el mejor año fiscal que se refleje en el registro de cada proponente», es necesario aplicar los efectos de esta última expresión a los miembros del consorcio o la unión temporal que cuenten con la información vigente y en firme en el RUP. Esto en la medida que, si bien los proponentes plurales carecen de personería, el parágrafo transitorio del artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 del 2015 puede aplicarse a cada uno de los integrantes que deba inscribirse en el registro conforme al artículo 6 de la Ley 1150 de 2007. En este caso, aplicando la norma al supuesto objeto de consulta, la entidad evaluará los indicadores financieros y organizacionales con el mejor año fiscal que se refleje en el RUP de cada integrante del consorcio o la unión temporal conforme a la explicación precedente.

Aunado a lo expuesto, si se pensara en tomar un año en común para todos los integrantes del proponente plural, llevado a la práctica, podría presentarse el caso hipotético de escoger el antepenúltimo año reflejado en el RUP, pero uno de los integrantes puede resultar ser una empresa con un año de constituida que para la vigencia escogida no existía. Incluso, puede ser que el mejor año fiscal para uno de los integrantes del proponente plural resulte ser el peor para otro, de modo que se desdibujaría el propósito del Decreto 399 de 2021 modificado por el Decreto 579 de 2021, que precisamente busca la reactivación económica del país y con ello, ampliar la posibilidad de acceso a los procesos de contratación pública.

Teniendo en cuenta lo anterior y las consideraciones de este concepto esta Agencia considera que la evaluación de los indicadores financieros y organizaciones se deben realizar con el mejor año fiscal que se refleje en el RUP de cada uno de los integrantes del consorcio o la unión temporal, pues son ellos quienes cuentan con dicho registro.

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alfredo Benavides Zarate  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos [↑](#footnote-ref-2)
2. Ley 1150 de 2007: «Artículo 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

   »1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

   »[...]». [↑](#footnote-ref-3)
3. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.1.6.2. Determinación de los Requisitos Habilitantes. La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación, teniendo en cuenta: (a) el Riesgo del Proceso de Contratación; (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (c) el análisis del sector económico respectivo; y (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes». [↑](#footnote-ref-4)
4. Disponible en:

   https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_manual\_requisitos\_habilitantes.pdf [↑](#footnote-ref-5)
5. Ibíd. [↑](#footnote-ref-6)
6. Dice el Manual que: «[...] En atención a la naturaleza del contrato a suscribir y de su valor, plazo y forma de pago, la Entidad Estatal debe hacer uso de los indicadores que considere adecuados respecto al objeto del Proceso de Contratación.

   «Las Entidades Estatales no deben limitarse a determinar y aplicar de forma mecánica fórmulas financieras para determinar los indicadores. Deben conocer cada indicador, sus fórmulas de cálculo y su interpretación». [↑](#footnote-ref-7)
7. Al respecto, el Manual indica: «La determinación de cada requisito habilitante debe estar enmarcada en el análisis y el concepto de lo que mide el indicador. Si el indicador representa una mayor probabilidad de Riesgo a medida que su valor es mayor, la Entidad Estatal debe fijar un valor máximo para el requisito habilitante. Si el indicador representa una menor probabilidad de Riesgo a medida que su valor es mayor, la Entidad Estatal debe fijar un mínimo». [↑](#footnote-ref-8)
8. En efecto, es importante mencionar desde este momento que mediante el Decreto 579 de 2021, expedido recientemente, el gobierno nacional anticipó estas medidas, sustituyendo algunos parágrafos transitorios que había agregado el Decreto 399 de 2021, como se explicará más adelante. Concretamente, el Decreto 579 de 2021 establece que en los procesos de selección cuyo acto administrativo de apertura o invitación se publique a partir del 1 de *julio* de 2021 –ya no desde el 1 de septiembre, como inicialmente lo señalaba el Decreto 399 de 2021–, las entidades estatales deben evaluar los indicadores de la capacidad financiera teniendo en cuenta el mejor año fiscal que se refleje en el RUP, y con esta capacidad financiera también deberán calcular la capacidad residual. [↑](#footnote-ref-9)
9. «Artículo 1. Sustitución de los parágrafos transitorios del artículo 2.2.1.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Sustitúyase los parágrafos transitorios del artículo 2.2.1.1.1.5.2. de la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 1 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, los cuales quedarán así:

   »"PARÁGRAFO TRANSITORIO 1: A partir del 1 de junio de 2021, para efectos de la inscripción en el Registro Único de Proponentes, el interesado reportará la información contable de que tratan los numerales 1.3 y 2.3 de este artículo, correspondiente a los últimos tres (3) años fiscales anteriores al respectivo acto.

   »En aquellos eventos en que el proponente no tenga la antigüedad suficiente para aportar la información financiera correspondiente a los tres (3) años descritos en el inciso anterior, podrá acreditar dicha información desde su primer cierre fiscal.

   »El proponente con inscripción activa y vigente que no tenga la información de la capacidad financiera y organizacional delos años 2018 y/o 2019 inscrita en el Registro Único de Proponentes, durante el mes de junio de 2021, podrá reportar por única vez, mediante una solicitud de actualización, únicamente la información contable correspondiente a estos años, sin costo alguno.

   »El proponente que tenga inscrita en la cámara de comercio la información de la capacidad financiera y organizacional de los años 2018 y/o 2019, no deberá presentar la información que repose en la respectiva cámara de comercio, la cual conservará la firmeza para efectos de su certificación.

   »PARÁGRAFO TRANSITORIO 2: En el año 2022, para efectos de la inscripción o renovación del Registro Único de Proponentes, el interesado reportará la información contable de que tratan los numerales 1.3 y 2.3 de este artículo, correspondiente a los últimos tres (3) años fiscales anteriores al respectivo acto.

   »En aquellos eventos en que el proponente no tenga la antigüedad suficiente para aportar la información financiera correspondiente a los tres (3) años descritos en el inciso anterior, podrá acreditar dicha información desde su primer cierre fiscal.

   »El proponente que tenga inscrita en la cámara de comercio la información de la capacidad financiera y organizacional de los años 2019 y/o 2020, no deberá presentar la información que repose en la respectiva cámara de comercio, la cual conservará la firmeza para efectos de su certificación"». [↑](#footnote-ref-10)
10. Debe recordarse que el artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015 prevé lo siguiente: « La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación, teniendo en cuenta: (a) el Riesgo del Proceso de Contratación; (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (c) el análisis del sector económico respectivo; y (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes». [↑](#footnote-ref-11)
11. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 104. [↑](#footnote-ref-12)