**CCE-DES-FM-17**

**INHABILIDADES – Interpretación restrictiva – Principio *pro libertate***

Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades, al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley y su interpretación debe ser *restrictiva*. De admitirse una interpretación extensiva, tales enunciados normativos podrían contemplar múltiples supuestos indeterminados, adquiriendo un cariz subjetivo, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio […]

Como se aprecia, el principio *pro libertate* es el que debe dirigir la interpretación de las disposiciones normativas que consagran restricciones de derechos, como sucede con las causales de inhabilidad e incompatibilidad en la contratación estatal.

**INHABILIDADES – Socio inhabilitado – Extensión de inhabilidad**

[…] De este modo, la aplicación de las inhabilidades debe ceñirse rigurosamente a lo dispuesto en la norma que la contempla, de manera que no resulta procedente su extensión a otras situaciones o condiciones diferentes a las establecidas, en perjuicio de quienes aspiran a contratar con el Estado. Por ello, las entidades contratantes deben determinar en cada caso concreto el alcance de las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución y la ley y aplicar su contenido estrictamente a los supuestos de hechos descritos y a los destinatarios de la norma que la consagra.

[…] la inhabilidad de los socios solo se extenderá a la sociedad en los eventos en que así se contemple expresamente en la norma y teniendo en cuenta en cada caso el tipo de sociedad que este incursa en la inhabilidad.

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

[…], l 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.

**DOCUMENTOS TIPO – Infraestructura de transporte – Versión 3 – Capacidad residual – Rechazo de la oferta – Causales**

El numeral 3.10 del documento base de obra de licitación para obra pública de infraestructura de transporte –versión 3– establece como requisito habilitante la capacidad residual. En este documento tipo, al menos tres causales de rechazo del numeral 1.15 se relacionan con la capacidad residual como requisito habilitante, esto es, los literales E, H y Z. […] En ese contexto, las tres causales de rechazo mencionadas tienen el siguiente alcance: *i)* La causal del literal Z del numeral 1.15 solamente aplica cuando el proponente no informa todos los contratos que tiene en ejecución antes del cierre. Esto se traduce en un deber de cumplir con esta exigencia, sin tener en cuenta la información relacionada en cada uno de ellos. […]. *ii)* Lo anterior, sin perjuicio de que para el proponente tenga consecuencias omitir o errar en la información específica de cada contrato –esto es, la cuantía o el plazo, entre otros–, pues la entidad podrá requerirlo para que aclare la información y, en caso de no responder, rechazar la propuesta por la causal que consagra el literal E del numeral 1.15. *iii)* Lo dicho en los numerales precedentes tampoco descarta la posibilidad de que la entidad rechace la oferta si encuentra configurada la causal establecida en el literal H del numeral 1.15, que aplica cuando el proponente aporta información inexacta, de acuerdo con lo señalado en el numeral 1.11. del documento base:

**RECHAZO DE LA OFERTA – Literal Z – Alcance – Contratos en ejecución**

La causal del literal Z procede cuando el proponente no informa todos los contratos de obra, fenómeno que se verifica al constatar que el número de contratos reportado es menor al número de contratos que debían reportarse. En este supuesto, lo que genera el rechazo de la oferta no es la ausencia de la información del contrato omitido, sino el hecho de haberse informado menos contratos de los que tenía en ejecución. Incluso, en el evento en el que el proponente «corrija» el error e informe la existencia de un contrato no reportado, implica aceptar que ocurrió la causal del literal Z, esto es, que el proponente incumplió su obligación de informar todos los contratos de obra que tenía en ejecución.

[…]

Reiterando tesis de conceptos anteriores de esta Agencia, debe precisarse que la información omitida afectará la capacidad residual, en aquellos eventos que se refiera a contratos de obra que no solo hayan sido adjudicados al proponente, sino que se requiere que los mismos estuviesen en ejecución al momento del cierre, incluyendo los contratos suspendidos y aquellos que no tengan acta de inicio. En efecto, como se expuso en el acápite anterior, la Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Públicaincluye en la definición de contratos en ejecución aquellos que se encuentren suspendidos y que no tengan acta de inicio. Esta misma se recogió en el numeral 3.10.2, literal E, del documento base, el cual señaló que para acreditar el factor «SCE» el proponente tendrá en cuenta «los contratos suspendidos y aquellos que no tengan acta de inicio».

Bogotá D.C., **20/12/2021 14:00:07**

****

Señor

**Santiago Andrés Sánchez Mantilla**

Bucaramanga, Santander

**Concepto C ‒ 668 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | INHABILIDADES – Interpretación restrictiva – Principio *pro libertate* / INHABILIDADES – Socio inhabilitado – Extensión de inhabilidad / CAPACIDAD RESIDUAL – Saldos de Contratos en Ejecución «SCE» / DOCUMENTOS TIPO – Infraestructura de transporte – Versión 3 – Capacidad residual – Rechazo de la oferta – Causales / RECHAZO DE LA OFERTA – Literal Z – Alcance – Contratos en ejecución  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20211116010582 |

Estimado señor Sánchez:

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 14 de noviembre del 2021.

1. **Problema planteado**

Usted realiza las siguientes preguntas: i) «¿En una sociedad por acciones simplificadas, cuando uno de sus socios encuentra inhabilitado para contratar con el estado, la inhabilidad aplica también para la sociedad?», ii) «¿En una sociedad por acciones simplificadas, cuando uno de sus socios se encuentra reportado en el boletín de obras inconclusas, el descuento por este puntaje se le debe aplicar a esta sociedad?», iii) «En los documentos tipo, en la causal de rechazo: *No informar todos los contratos que el proponente tenga en ejecución antes del cierre, necesarios para acreditar su capacidad residual conforme a la sección 3.10.* Esta causal aplica para contratos que se encuentren suspendido al cierre del proceso? Esta causal aplica para contratos que se encuentran adjudicados pero no iniciados? Esta causal aplica para contratos que se encuentra suscritos y legalizados pero no iniciados?», y iv) « En el numeral 3.10 Capacidad residual: *En todo caso, si con posterioridad al cierre del proceso cualquier interesado, durante el traslado del informe de evaluación, o la entidad, en uso de la potestad verificadora, advierte que se dejó de incluir, al cierre del proceso, por parte de un proponente, alguna información contractual que afecte su capacidad residual, la entidad rechazará la oferta.* a. A que información contractual hace referencia? b. La omisión de un contrato suspendido se puede entender como causal de rechazo acorde a este numeral?».

1. **Consideraciones**

Para resolver el objeto de la consulta, se analizarán los siguientes temas: i) régimen de inhabilidades e incompatibilidades, profundizando en la interpretación restrictiva como criterio hermenéutico de los enunciados normativos gravosos y la reserva de ley en la creación de causales de inhabilidades e incompatibilidades, ii) capacidad residual como requisito del proceso de selección: Saldo de Contratos en Ejecución –SCE; y iii) la capacidad residual ysu relación con las causales de rechazo de la oferta en los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte – versión 3.

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, entre otros, en los siguientes conceptos: C–011 del 14 de febrero de 2020, C-090 del 24 de febrero de 2020, C-125 del 3 de marzo de 2020, C-157 del 17 de marzo de 2020, C-273 del 21 de mayo de 2020, C-386 del 24 de julio de 2020, C-580 del 21 de septiembre de 2020, C-650 del 10 de noviembre de 2020, C-684 del 24 de noviembre de 2020, C–004 del 12 de febrero de 2021, C-815 del 18 de febrero de 2021, C-122 del 30 de marzo de 2021, C-190 del 30 de abril de 2021 y C-275 del 11 de junio de 2011. Asimismo, en los conceptos del 21 de agosto y el 30 de octubre de 2019 −radicados Nos. 2201913000006054 y 2201913000008148–, 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-720 del 11 de diciembre de 2020, C-042 del 4 de marzo de 2021, C-460 del 2 de septiembre de 2021, C-513 del 23 de septiembre de 2021, C-663 del 30 de noviembre de 2021 y C-667 del 7 de diciembre de 2021, analizó el rechazo de propuestas por falta de acreditación del requisito de capacidad residual. Las tesis desarrolladas en estos conceptos en lo pertinente se reiteran a continuación:

**2.1.** **Régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado**

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública responde al propósito de asegurar que la actividad de adquisición y provisión de bienes y servicios por parte de las entidades estatales se efectúe cumpliendo con los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, especialmente con probidad y transparencia. Por ello, como lo ha destacado la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades se han convertido en herramientas en la lucha contra la corrupción, adoptando en forma progresiva un carácter sancionatorio o «neopunitivo»[[1]](#footnote-2). Si bien no todas las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son consecuencia de una medida de reproche ni de una sanción previa, es indiscutible que en los años más recientes los lamentables hechos de corrupción han generado como respuesta del legislador, un incremento de las restricciones a la capacidad contractual, dirigidas a prevenir este tipo de situaciones o a sancionar tales conductas.

Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades, al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley y su interpretación debe ser *restrictiva[[2]](#footnote-3)*. De admitirse una interpretación extensiva, tales enunciados normativos podrían contemplar múltiples supuestos indeterminados, adquiriendo un cariz subjetivo, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Tal ha sido la postura tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, el máximo tribunal constitucional ha indicado que, al tratar de precisar el sentido de este tipo de normas, «[…] el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas»[[3]](#footnote-4). Por su parte, el Consejo de Estado también ha acogido este criterio, considerando –como expresa la Sala de Consulta y Servicio Civil–, que «La interpretación restrictiva de las normas que establecen inhabilidades constituye una aplicación del principio del Estado de Derecho previsto en el artículo 6º de la Constitución, según el cual “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes” lo que se traduce en que pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido»[[4]](#footnote-5). En tal sentido, la Sección Tercera ha señalado que:

[…] de conformidad con la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, la aplicación de las normas que contemplan inhabilidades e incompatibilidades, como en general de todas aquellas que comportan prohibiciones o limitaciones, deben responder a una interpretación restrictiva que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento[[5]](#footnote-6)

En el mismo sentido ha expuesto que:

[…] la aplicación de estos preceptos exige una interpretación restrictiva, dado que según el principio hermenéutico pro libertate, entre varias interpretaciones posibles de una norma que regula una inhabilidad, debe preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas; en otros términos, se encuentra prohibida constitucionalmente la interpretación extensiva de las causales de inhabilidad, toda vez que las palabras de la ley son la frontera que no se puede traspasar en el ejercicio hermenéutico de las mismas, pues de hacerlo se vulnerarían los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 CN) y a la igualdad (art. 13 Ibid.); […][[6]](#footnote-7).

De igual forma, la Corte Constitucional en jurisprudencia[[7]](#footnote-8) citada a su vez por el Consejo de Estado[[8]](#footnote-9), se ha referido al régimen general de inhabilidades e incompatibilidades, destacando de este la prevalencia del interés general sobre el particular y su doble connotación, como quiera que no solo puede ser consecuencia de una sanción sino también erigirse con una finalidad preventiva que busca asegurar la no afectación del interés general, en suma, «[…] la inhabilidad no es una pena sino una garantía de que el comportamiento anterior no afectará el desempeño de la función o cargo, de protección del interés general y de la idoneidad, probidad y moralidad del aspirante»12. Por ello, en el ámbito contractual se propende por la adquisición de bienes y servicios por parte de las entidades públicas, sin condiciones anteriores o injerencia de intereses que afecten la misma, de modo que se salvaguarda el principio de transparencia y con ello la consecución en general de los fines que rigen la función pública.

Como se aprecia, el principio *pro libertate* es el que debe dirigir la interpretación de las disposiciones normativas que consagran restricciones de derechos, como sucede con las causales de inhabilidad e incompatibilidad en la contratación estatal. Además, en relación con la determinación de las causales de inhabilidad e incompatibilidad, la Corte Constitucional ha resaltado que el legislador tiene la competencia para determinar qué hechos o situaciones generan inhabilidades o incompatibilidades para contratar con el Estado, pues este régimen es un aspecto propio del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, cuya expedición compete al Congreso de la República, conforme al artículo 150 de la Constitución Política, y que en esta materia rige el principio de legalidad:

[…]

Las limitaciones y restricciones que se contienen en el citado estatuto, predicables de la relación Estado-particulares y que afectan los diversos momentos de formación, celebración y ejecución de los contratos estatales, se refieren a una faceta de la actividad del Estado y en la que se contempla, en los términos de la ley, una especial modalidad de participación o colaboración de los particulares en su papel de contratistas. La ley demandada recae sobre una materia que pertenece al dominio de la esfera estatal y pública, dentro de la cual no rige el principio pro libertate, sino el de legalidad, el que ordena que la función pública debe someterse estrictamente a lo que disponga la Constitución y la ley (CP art. 6).

[…]

Se comprende con facilidad que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, corresponde a una materia de normal y obligada inclusión en un estatuto contractual. El legislador, a quien se ha confiado expedir el indicado estatuto, tiene, pues, competencia para establecerlo (CP art. 150)[[9]](#footnote-10).

De igual forma, conviene acudir a la distinción que se ha trazado en torno a la fuente de las inhabilidades, las cuales han sido clasificadas en dos grupos: i) inhabilidades-sanción y ii) inhabilidades-requisito. En el primer grupo se encuentran las inhabilidades que surgen como consecuencia de un proceso sancionatorio, en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional o de punición por indignidad política –pérdida de investidura–. En el segundo grupo están aquellas que no devienen de un proceso sancionatorio sino de condiciones propias de la persona y buscan garantizar la moralidad, la imparcialidad, la eficacia y la transparencia[[10]](#footnote-11).

A manera de ejemplo, en materia contractual, los literales c), d) y j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 establecen inhabilidades-sanción, porque la prohibición para contratar con el Estado en esos eventos es una consecuencia de una declaratoria de responsabilidad que surge luego de un proceso sancionatorio –administrativo, disciplinario o penal–. A su turno, las inhabilidades de los literales f), g) y h) del numeral 1 de la norma citada establecen inhabilidades-requisito, pues no se configuran por la comisión previa de una falta o un delito que dio lugar a una declaratoria por parte de la Administración o el juez, sino de aspectos propios de la persona, derivados, por ejemplo, del parentesco o la afinidad o de la condición de servidor público. En ambos eventos, la inhabilidad tiene como fuente una situación o un hecho propio del proponente –una conducta o una condición– y no de su oferta. La inhabilidad surge, entre otros, por su grado de parentesco o afinidad, por su condición de servidor público o porque sobre él existe una declaratoria de responsabilidad en firme –penal, disciplinaria o sancionatoria contractual–.

En suma, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se origina en la prerrogativa legislativa, obedece al principio de legalidad y su interpretación es restrictiva, como quiera que su aplicación implica limitaciones para el acceso a cargos o ejercicio funciones públicas y para participar en procesos de contratación pública adelantados por las entidades estatales, según sea el caso. De este modo, la aplicación de las inhabilidades debe ceñirse rigurosamente a lo dispuesto en la norma que la contempla, de manera que no resulta procedente su extensión a otras situaciones o condiciones diferentes a las establecidas, en perjuicio de quienes aspiran a contratar con el Estado. Por ello, las entidades contratantes deben determinar en cada caso concreto el alcance de las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución y la ley y aplicar su contenido estrictamente a los supuestos de hechos descritos y a los destinatarios de la norma que la consagra.

En efecto, atendiendo a la consulta planteada, la inhabilidad de los socios solo se extenderá a la sociedad en los eventos en que así se contemple expresamente en la norma y teniendo en cuenta en cada caso el tipo de sociedad que este incursa en la inhabilidad. Por ejemplo, la causal del literal i) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 dispone que son inhábiles para participar en proceso de selección y contratar con el estado «Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria». Según se observa, esta norma consagra una inhabilidad a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, y esta se extiende a su vez, a las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria. Lo anterior excluye a todas las sociedades que no se encuentren clasificadas como sociedades de persona, como las sociedades de capital dentro de las cuales se encuentran las sociedades por acciones simplificadas[[11]](#footnote-12). De este modo, atendiendo al carácter restrictivo de las inhabilidades, el literal i) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 solo es extensivo a las sociedades de personas, pues aquellas son las destinatarias de la norma.

Por otro lado, la causal del literal k) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 establece una inhabilidad para quienes financien campañas políticas. Conforme a esta norma, son inhábiles para participar en proceso de selección y contratar con el estado las personas naturales o jurídicas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones, a las alcaldías o al Congreso de la República, con aportes superiores al dos por ciento (2.0%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral.

En relación con la extensión de la inhabilidad señala que «comprenderá también a las personas jurídicas en las cuales el representante legal, los miembros de junta directiva o cualquiera de sus socios controlantes hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones, las alcaldías o al Congreso de la República». En este sentido, la causal en comento cobija al aportante a las respectivas campañas políticas, tanto a personas naturales como jurídicas; pero también se extiende a las personas jurídicas en las cuales el representante legal, los miembros de junta directiva o cualquiera de sus socios controlantes, hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas. En este caso, la extensión de la inhabilidad de los socios controlantes tiene como destinatario a las personas jurídicas, sin distinguir el tipo de sociedad, lo cual incluye a las sociedades por acciones simplificadas.

Tales inhabilidades sirven para ilustrar como el ordenamiento jurídico consagra inhabilidades cuyos efectos se extienden a las sociedades de las que hagan parte los socios que se encuentran incursos en una inhabilidad y su aplicación dependerá del supuesto de hecho contemplado en la norma. En el caso del literal i) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, la inhabilidad del socio se extenderá a la sociedad de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria de caducidad. Sin embargo, esta inhabilidad no será aplicable, por ejemplo, a una sociedad anónima, evento en el cual los efectos de la inhabilidad que afecta al socio no son extensivos a la sociedad. En ese mismo sentido, respecto del literal k) *ibidem*, al estar inhabilitado el socio controlador de una sociedad por acciones simplificadas o de personas también lo estarían dichas sociedades de las que este fueran socios.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de aplicación restrictiva, para determinar si la inhabilidad de un socio es extensiva a la sociedad por acciones simplificadas de la cual hace parte, es preciso que la entidad analice cada caso en concreto, revisando detalladamente la causal de inhabilidad y sus destinatarios, de forma que su aplicación debe ceñirse al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos. Por lo tanto, no es posible llevar a cabo la interpretación extensiva de las causales de inhabilidad, debiéndose preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas, salvaguardando el interés general en la contratación pública.

**2.2. La capacidad residual como requisito habilitante:** **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[[12]](#footnote-13). 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»[[13]](#footnote-14).

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[[14]](#footnote-15).

De conformidad con lo expuesto, 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 corresponde, primero, señalar 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 de licitación de obra pública para infraestructura de transporte – versión 3, 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.

**2.3. La capacidad residual y su relación con las causales de rechazo de la oferta en los documentos tipo de** **licitación de obra pública de infraestructura de transporte – versión 3**

El numeral 3.10 del documento base de obra de licitación para obra pública de infraestructura de transporte –versión 3– establece como requisito habilitante la capacidad residual. En este documento tipo, al menos tres causales de rechazo del numeral 1.15 se relacionan con la capacidad residual como requisito habilitante, esto es, los literales E, H y Z. Estas causales disponen lo siguiente:

**1.15. CAUSALES DE RECHAZO**

Son causales de rechazo las siguientes [Las Entidades no podrán modificar o incluir causales de rechazo distintas a las señaladas en la presente sección]:

[…]

E. Que el Proponente no aclare, subsane o aporte documentos necesarios para el cumplimiento de un requisito habilitante en los términos establecidos en la sección 1.6.

[…]

H. Que el Proponente aporte información inexacta sobre la cual pueda existir una posible falsedad en los términos de la sección 1.11.

[…]

Z. No informar todos los contratos que el Proponente tenga en ejecución antes del cierre, necesarios para acreditar su capacidad residual conforme a la sección 3.10.

Como se consideró en los conceptos del 25 de septiembre y el 23 de diciembre de 2019 −radicados Nos. 2201913000007117 y 2201913000009538−, las causales de rechazo de ofertas contempladas en los documentos tipo son taxativas, descartándose que la entidad introduzca causales, salvo, que estén establecidas en otras disposiciones normativas. Igualmente, por la naturaleza de dichas causales, su aplicación es estricta, lo que –a juicio de la Agencia Nacional de Contratación Pública– significa que su interpretación gramatical prevalece sobre una interpretación extensiva o de otra índole, mediante la cual se pretenda ampliar su alcance. En ese contexto, las tres causales de rechazo mencionadas tienen el siguiente alcance:

*i)* La causal del literal Z del numeral 1.15 solamente aplica cuando el proponente no informa todos los contratos que tiene en ejecución antes del cierre. Esto se traduce en un deber de cumplir con esta exigencia, sin tener en cuenta la información relacionada en cada uno de ellos. Por ejemplo, si el contratista tiene en ejecución diez contratos, esta causal aplica si el contratista reporta nueve o menos; excluyéndose la configuración de la causal cuando el proponente comete algún error en la información de los contratos, siempre que los reporte todos. Por tanto, la configuración de la causal de rechazo del literal Z es objetiva, pues solo aplica ante la omisión del proponente de informar el número total de contratos en ejecución antes del cierre.

*ii)* Lo anterior, sin perjuicio de que para el proponente tenga consecuencias omitir o errar en la información específica de cada contrato –esto es, la cuantía o el plazo, entre otros–, pues la entidad podrá requerirlo para que aclare la información y, en caso de no responder, rechazar la propuesta por la causal que consagra el literal E del numeral 1.15.

*iii)* Lo dicho en los numerales precedentes tampoco descarta la posibilidad de que la entidad rechace la oferta si encuentra configurada la causal establecida en el literal H del numeral 1.15, que aplica cuando el proponente aporta información inexacta, de acuerdo con lo señalado en el numeral 1.11. del documento base:

**1.11 INFORMACIÓN INEXACTA**

La Entidad se reserva el derecho de verificar integralmente la información aportada por el Proponente. Para esto, puede acudir a las autoridades, personas, empresas o entidades respectivas.

Cuando exista inconsistencia entre la información suministrada por el Proponente y la efectivamente verificada por la Entidad, la información que pretende demostrar el Proponente se tendrá por no acreditada.

La Entidad compulsará copias a las autoridades competentes en aquellos eventos en los cuales la información aportada tenga inconsistencias sobre las cuales pueda existir una presunta falsedad, sin que el Proponente haya demostrado lo contrario, y procederá a rechazar la oferta.

Este numeral faculta a la entidad estatal para verificar la información aportada, para lo cual podrá acudir a las autoridades, personas, empresas o entidades que estén en posición de otorgar la información. No obstante, tal verificación es potestativa, no obligatoria, pues los procedimientos de selección exigen que los proponentes actúen conforme al principio de la buena fe, «que se debe manifestar en la presentación completa y veraz de la información que constituye su oferta, así como la lealtad y comportamiento adecuado frente a la entidad estatal y los demás proponentes durante las diferentes etapas del procedimiento de contratación»[[15]](#footnote-16). Conforme a ello, la prerrogativa de verificación es una herramienta para que la Administración adquiera certeza en el cumplimiento de los requisitos del procedimiento de selección y del comportamiento leal que se exige a los proponentes.

Según lo expuesto por esta Agencia en el concepto con radicado 2201913000008148 del 30 de octubre de 2019, la inexactitud –en el contexto de los «Documentos Tipo»– se entiende como «la disparidad, imprecisión, disconformidad o falta de precisión que se da de una información a otra». En este sentido, «[…] se habla de inexactitud cuando la información que aporta el proponente no concuerda con la que verifica la entidad, lo cual lleva a que esta información se entienda como no acreditada».

La regla de verificación de la información prevista en el numeral 1.11 del documento base aplica frente a la totalidad de la información y documentación aportada para cumplir los requisitos exigidos en el pliego de condiciones. Además, dispone dos supuestos, con consecuencias diferentes: el primero, señala que una vez verificada la información y evidenciada la inconsistencia, la entidad estatal la tendrá por no acreditada. Por ejemplo, cuando se presente una certificación de experiencia, y ante las observaciones recibidas en el traslado del informe de evaluación se verifique con la entidad contratante que las emitió, que no es acorde con el objeto contractual ejecutado, la entidad que adelanta el proceso de contratación, ante la duda, no tendrá en cuenta la certificación para evaluar la experiencia, sin perjuicio de que el proponente cumpla con este requisito con los demás certificados que aporte. En este evento, se trata de inconsistencias que, aunque no se superan por la ausencia de otro medio probatorio, no tienen la connotación de falsedad.

El segundo evento se configura cuando de la verificación se corrobora que las inconsistencias obedecerían a una presunta falsedad no desvirtuada por el proponente, caso en el cual se rechaza la oferta y se informa a las autoridades correspondientes. Siguiendo con el ejemplo propuesto de la certificación de experiencia, la entidad que adelanta el procedimiento de selección, al comunicarse con la entidad para quien se ejecutó el contrato a acreditar, le informan que la certificación aportada por el proponente no fue expedida por esta, por cuanto ese objeto no fue ejecutado ni contratado. En este supuesto, cuando la entidad tiene el suficiente convencimiento de la existencia de la presunta falsedad, y luego de dar la oportunidad para que el proponente se manifieste, es procedente rechazar la oferta y compulsar copias a las autoridades competentes, quienes adelantarán las respectivas investigaciones.

Ahora bien, aunque las causales de rechazo del literal E, H y Z del numeral 1.15 de los documentos tipo se relacionan con la capacidad residual como requisito habilitante, estas se aplican en supuestos diferentes, de acuerdo con lo explicado *ut supra*. La causal del literal H se concreta si, por ejemplo, el proponente informó todos los contratos en ejecución, pero advierte que la información es inexacta y, además, que sobre la misma puede «existir una posible falsedad». A título ilustrativo, podría pensarse en un contrato que se aportó y frente al cual la entidad advierte la falsificación de una de las firmas del documento. Por su parte, la causal del literal Z se presenta cuando el proponente deja de informar la totalidad de los contratos que tiene en ejecución antes del cierre o no reporta la información de los contratos exigida en el documento base. En el ejemplo sugerido, el supuesto de hecho se presenta si el proponente, teniendo tres contratos de obra en ejecución antes del cierre, no informa la totalidad de estos.

Finalmente, esta distinción también se proyecta sobre las reglas de subsanabilidad de las ofertas de la Ley 1150 de 2007, pues solo habrá lugar a subsanar en los eventos en los que el proponente omite información sobre los contratos informados, esto es, en el evento de la causal del literal E. Dicho de otra forma, no se puede subsanar cuando se incurre en las causales H y Z, eventos en los cuales el rechazo procede de forma automática, es decir, sin permitirle al proponente subsanar la «inexactitud» de la oferta o el número de contratos de obra que tenía el deber de reportar.

Lo expresado en el párrafo precedente no contradice lo dispuesto en el artículo 5, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, norma que dispone que «[…] todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes». Es cierto que la información «inexacta» y los contratos que no fueron informados, no afectan la asignación de puntaje, pues estos se solicitan para la acreditación de la capacidad residual del proponente, que es uno de los diez (10) requisitos habilitantes a los que se refiere el Capítulo III del documento base. Sin embargo, los supuestos de hecho en los que se fundamentan las causales de rechazo no permiten la subsanación. La imposibilidad de subsanar se deriva, entonces, del supuesto de hecho de aquellas causales, sin que en esto sea relevante que se otorguen o no puntos a la propuesta por el requisito de capacidad residual.

La causal del literal Z procede cuando el proponente no informa todos los contratos de obra, fenómeno que se verifica al constatar que el número de contratos reportado es menor al número de contratos que debían reportarse. En este supuesto, lo que genera el rechazo de la oferta no es la ausencia de la información del contrato omitido, sino el hecho de haberse informado menos contratos de los que tenía en ejecución. Incluso, en el evento en el que el proponente «corrija» el error e informe la existencia de un contrato no reportado, implica aceptar que ocurrió la causal del literal Z, esto es, que el proponente incumplió su obligación de informar todos los contratos de obra que tenía en ejecución.

Conclusión similar se aplica al literal H del numeral 1.15. del documento base, en el entendido de que el supuesto de hecho de esa causal, esto es, lo que genera el rechazo de la oferta, es la acción del proponente de aportar «[…] información inexacta sobre la cual pueda existir una posible falsedad […]», no la ausencia de la información que podría haberse tomado del contrato viciado de falsedad. Al respecto, surge la siguiente inquietud: ¿es posible subsanar el hecho de aportar una firma falsa presentando el documento firmado válidamente? Para esta entidad, la respuesta es negativa debido a que la finalidad que persigue la causal *sub examine* es desincentivar todas las prácticas delictivas en los procesos de contratación estatal.

En este sentido, la configuración de la causal se determinará teniendo en cuenta si la información inexacta conduce a una posible falsedad. Piénsese en el evento en que el proponente reportó contratos con otros objetos distintos a la ejecución de obras. En este caso, conforme a la explicación precedente, no se trata de información inexacta que tenga la connotación de falsedad, por lo que no habría lugar a rechazo de la propuesta por esta causal. Por ello, simplemente no se tendrá en cuenta la información de los contratos que no cumplen con lo requerido en el documento base.

Sin embargo, las situaciones en la que la información inexacta conduce a una posible falsedad pueden ser múltiples y su configuración como causal de rechazo dependerá de las circunstancias particulares de cada caso. Por consiguiente, la entidad estatal deberá analizar concretamente cada una de ellas para determinar si existe una posible falsedad, caso en el cual, luego de dar la oportunidad para que el proponente se manifieste, es procedente rechazar la oferta y compulsar copias a las autoridades competentes, quienes adelantarán las respectivas investigaciones.

En relación con la información contractual no incluida que pueda afectar la capacidad residual del proponente, el pliego de condiciones del «Documento Tipo – Versión 3» de licitación para obra pública de infraestructura de transporte estableció una regla especial en el numeral 3.10 así:

**3.10. CAPACIDAD RESIDUAL**

El Proponente será hábil si la capacidad residual del Proponente (CRP) es mayor o igual a la capacidad residual de Proceso de Contratación (CRPC). Así:

$$CRP \geq CRPC$$

Los Proponentes acreditarán la capacidad residual o K de contratación conforme se describe a continuación. *En todo caso, si con posterioridad al cierre del proceso cualquier interesado, durante el traslado del informe de evaluación, o la entidad, en uso de la potestad verificadora, advierte que se dejó de incluir, al cierre del proceso, por parte de un proponente, alguna información contractual que afecte su capacidad residual, la entidad rechazará la oferta*.

Lo anterior, sin perjuicio de las acciones administrativas y/o judiciales a que haya lugar, en contra de la (s) persona (s) que haya (n) suscrito las certificaciones exigidas para el cálculo de la capacidad residual.

[…] (Énfasis fuera de texto)

De conformidad con esta regla, el rechazo de la oferta procede cuando en ejercicio de la potestad verificadora se advierta que se dejó de incluir información que afecta la capacidad residual del proponente, esto es, la referente a contratos de obra en ejecución. Es del caso precisar que la expresión «afecta la capacidad residual» no se restringe a aquellos eventos en los que la información omitida conduce a que el proponente no cumpla con la exigencia de capacidad residual, pues, incluso, si la información omitida no conduce al incumplimiento de dicho requisito, estaríamos frente a un supuesto que cubre esa noción. Esto concuerda con la causal de rechazo prevista en el literal «H» del numeral 1.15 del documento base, el cual autoriza el rechazo de la propuesta en el evento en «Que el Proponente aporte información inexacta sobre la cual pueda existir una posible falsedad en los términos de la sección 1.11».

Según lo expuesto, al verificarse que el proponente no incluyó información contractual que afecte su capacidad residual, la entidad no estará en posición de solicitar aclaraciones, o acudir al régimen de subsanabilidad de ofertas[[16]](#footnote-17). Esto en la medida que tal circunstancia constituye una causal de rechazo en los términos de los literales H y Z del numeral 1.15 del documento base, las cuales deberán analizar, caso a caso, las entidades contratantes conforme a los parámetros antes mencionados.

 Reiterando tesis de conceptos anteriores de esta Agencia, debe precisarse que la información omitida afectará la capacidad residual, en aquellos eventos que se refiera a contratos de obra que no solo hayan sido adjudicados al proponente, sino que se requiere que los mismos estuviesen en ejecución al momento del cierre, incluyendo los contratos suspendidos y aquellos que no tengan acta de inicio. En efecto, como se expuso en el acápite anterior, la Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Públicaincluye en la definición de contratos en ejecución aquellos que se encuentren suspendidos y que no tengan acta de inicio. Esta misma se recogió en el numeral 3.10.2, literal E, del documento base, el cual señaló que para acreditar el factor «SCE» el proponente tendrá en cuenta «los contratos suspendidos y aquellos que no tengan acta de inicio».

En el caso de que el proponente presente la oferta con antelación a la fecha de cierre, informando los contratos que hasta entonces esté ejecutando, pero antes de la fecha de cierre comienza a ejecutar otro nuevo, está en la obligación de reportarlo a la entidad. De lo contrario estaría informando menos contratos, lo que además de afectar el cálculo de su capacidad residual o *K* de contratación, facultaría a la entidad para rechazar su oferta conforme a la causal Z del numeral 1.15 del documento base o, eventualmente, por la causal del literal H *ibídem*.

**3. Respuesta**

i) «¿En una sociedad por acciones simplificadas, cuando uno de sus socios encuentra inhabilitado para contratar con el estado, la inhabilidad aplica también para la sociedad?»

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades se origina en la amplia competencia legislativa en esta materia, por lo que es expresión del principio de legalidad y su interpretación es restrictiva, como quiera que su aplicación implica limitaciones para el acceso a cargos o ejercicio de funciones públicas y para participar en procesos de contratación pública adelantados por las entidades estatales, según sea el caso. De este modo, la aplicación de las inhabilidades debe ceñirse rigurosamente a lo dispuesto en la norma que la contempla, de manera que no resulta procedente su extensión a otras situaciones o condiciones diferentes a las establecidas, en perjuicio de quienes aspiran a contratar con el Estado. Por ello, las entidades contratantes deben determinar en cada caso concreto el alcance de las inhabilidades previstas en la Constitución y la ley y aplicar su contenido estrictamente a los supuestos de hechos descritos y a los destinatarios de la norma que la consagra.

En tal sentido, la inhabilidad de los socios solo se extenderá a la sociedad en los eventos en que así se contemple expresamente en la norma y teniendo en cuenta en cada caso el tipo de sociedad que este incursa en la inhabilidad. Por ejemplo, la causal del literal i) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 dispone que son inhábiles para participar en proceso de selección y contratar con el estado «Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria». Según se observa, esta norma consagra una inhabilidad a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, y esta se extiende a su vez, a las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria. Lo anterior excluye a todas las sociedades que no se encuentren clasificadas como sociedades de persona, como las sociedades de capital dentro de las cuales se encuentran las sociedades por acciones simplificadas[[17]](#footnote-18). De este modo, atendiendo al carácter restrictivo de las inhabilidades, el literal i) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 solo es extensivo a las sociedades de personas, pues aquellas son las destinatarias de la norma.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de aplicación restrictiva, para determinar si la inhabilidad de un socio es extensiva a la sociedad por acciones simplificadas de la cual hace parte, es preciso que la entidad analice cada caso en concreto, revisando detalladamente la causal de inhabilidad y sus destinatarios, de forma que su aplicación debe ceñirse al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos. Por lo tanto, no es posible llevar a cabo la interpretación extensiva de las causales de inhabilidad, debiéndose preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas, salvaguardando el interés general en la contratación pública

ii) «¿En una sociedad por acciones simplificadas, cuando uno de sus socios se encuentra reportado en el boletín de obras inconclusas, el descuento por este puntaje se le debe aplicar a esta sociedad?».

Mediante Concepto C-333 del 12 de julio de 2021, esta Subdirección dio respuesta a la consulta planteada indicando que «en principio, no es viable que la entidad estatal retire puntaje a la sociedad oferente, por el mero hecho de tener uno de sus socios con una anotación vigente en el Registro Nacional de Obra Civil Inconclusa». Por consiguiente, atendiendo a la identidad del sujeto activo del derecho de petición y al tema objeto de consulta, se reiteran las consideraciones expuestas en el concepto C-333 del 12 de julio de 2021, con fundamento en el artículo 19, inciso segundo, de la Ley 1755 de 2015, según el cual «Respecto de peticiones reiterativas ya resueltas, la autoridad podrá remitirse a las respuestas anteriores».

iii) «En los documentos tipo, en la causal de rechazo: *No informar todos los contratos que el proponente tenga en ejecución antes del cierre, necesarios para acreditar su capacidad residual conforme a la sección 3.10.* Esta causal aplica para contratos que se encuentren suspendido al cierre del proceso? Esta causal aplica para contratos que se encuentran adjudicados pero no iniciados? Esta causal aplica para contratos que se encuentra suscritos y legalizados pero no iniciados?».

iv) «En el numeral 3.10 Capacidad residual: *En todo caso, si con posterioridad al cierre del proceso cualquier interesado, durante el traslado del informe de evaluación, o la entidad, en uso de la potestad verificadora, advierte que se dejó de incluir, al cierre del proceso, por parte de un proponente, alguna información contractual que afecte su capacidad residual, la entidad rechazará la oferta.* a. A que información contractual hace referencia? b. La omisión de un contrato suspendido se puede entender como causal de rechazo acorde a este numeral?».

De conformidad con el numeral 3.10 del documento base de documento tipo de licitación para obra pública de infraestructura de transporte, el rechazo de la oferta procede cuando en ejercicio de la potestad verificadora se advierta que se dejó de incluir información que afecta la capacidad residual del proponente, esto es, la referente a contratos de obra en ejecución. Lo anterior es concordante con la causal del literal Z del numeral 1.15 de los documentos tipo de infraestructura de transporte, la cual solo aplica cuando el proponente no informa todos los contratos que tiene en ejecución antes del cierre. En este sentido, al verificarse que el proponente no incluyó información contractual que afecte su capacidad residual, la entidad no estará en posición de solicitar aclaraciones, o pedir subsanación, sino que deberá rechazar la oferta.

Reiterando tesis de conceptos anteriores de esta Agencia, debe precisarse que la información omitida afectará la capacidad residual, en aquellos eventos que se refiera a contratos de obra que no solo hayan sido adjudicados al proponente, sino que se requiere que los mismos estuviesen en ejecución al momento del cierre, incluyendo los contratos suspendidos y aquellos que no tengan acta de inicio. En efecto, como se expuso en las consideraciones de este concepto, la Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Públicaincluye en la definición de contratos en ejecución aquellos que se encuentren suspendidos y que no tengan acta de inicio. Esta misma se recogió en el numeral 3.10.2, literal E, del documento base, el cual señaló que para acreditar el factor «SCE» el proponente tendrá en cuenta «los contratos suspendidos y aquellos que no tengan acta de inicio».

De esta manera, la regla del numeral 3.10 del documento base, en concordancia con la causal del literal Z, se aplican cuando no se reporte información sobre los contratos en ejecución, lo cual incluye los contratos suspendidos y aquellos que no tengan acta de inicio. Para tales efectos, no se entienden en ejecución aquellos contratos que se hayan adjudicado pero no se hayan suscrito. En el caso de que el proponente presente la oferta con antelación a la fecha de cierre, informando los contratos que hasta entonces esté ejecutando, pero antes de la fecha de cierre comienza a ejecutar otro nuevo, está en la obligación de reportarlo a la entidad. De lo contrario estaría informando menos contratos, lo que además de afectar el cálculo de su capacidad residual o *K* de contratación, facultaría a la entidad para rechazar su oferta conforme a la causal Z del numeral 1.15 del documento base o, eventualmente, por la causal del literal H *ibídem.*

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

Atentamente,



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

1. BARRETO MORENO, Antonio Alejandro. Inhabilidades de la contratación estatal, efectos y neopunitivismo en el Estatuto Anticorrupción. En: ALVIAR GARCÍA, Helena (Coordinadora). Nuevas tendencias del Derecho administrativo. Bogotá: Universidad de los Andes; Temis, 2016. pp. 63-99. [↑](#footnote-ref-2)
2. Ibíd., p. 69 [↑](#footnote-ref-3)
3. Corte Constitucional. Sentencia T-1039 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. La Corte ha mantenido este criterio en las sentencias: C-903 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería; C-101 de 2018. Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado; entre otras. [↑](#footnote-ref-4)
4. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Expediente: 2251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-5)
5. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-6)
6. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Exp. 24.057. Consejera Ponente: Olga Melida Valle De La Hoz. [↑](#footnote-ref-7)
7. Sentencia C- 373 de 2002, Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño; sentencia C-325 de 2009, Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-8)
8. Sentencia 00111 del 13 de junio de 2019 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta 00111 del 13 de junio de 2019, Consejera ponente Rocío Araújo Oñate. [↑](#footnote-ref-9)
9. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-10)
10. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-780 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

 [↑](#footnote-ref-11)
11. Ley 1258 de 2008, artículo 3: «Naturaleza. La sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social. Para efectos tributarios, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las reglas aplicables a las sociedades anónimas». [↑](#footnote-ref-12)
12. 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-13)
13. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de junio de 2003. Rad. 13.354. C.P: María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-14)
14. «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-15)
15. Colombia Compra Eficiente. Concepto C-297 del 4 de junio de 2020. Retirado recientemente en los Conceptos C-667 del 7 de diciembre de 2021, C-663 del 30 de noviembre de 2021, C-513 del 23 de septiembre de 2021 y C-460 del 2 de septiembre de 2021. [↑](#footnote-ref-16)
16. Concepto C-196 de 2020. Radicado de entrada No. 4202013000001559. Radicado de salida No. 2202013000002534. [↑](#footnote-ref-17)
17. Ley 1258 de 2008, artículo 3: «Naturaleza. La sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social. Para efectos tributarios, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las reglas aplicables a las sociedades anónimas». [↑](#footnote-ref-18)