**CCE-DES-FM-17**

**CONFORMACIÓN DE CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES – Facultad de administradores o representantes legales de las sociedades**

[…] En otras palabras, se debe entender que los representantes legales de las sociedades comerciales no podrán conformar consorcios o uniones temporales solo en los eventos en que dicho acto no se entienda comprendido dentro del objeto social o no esté relacionado directamente con el funcionamiento de la sociedad o en los eventos donde exista una prohibición expresa en el contrato social. Además, es posible que en este último supuesto la limitación del representante legal para comprometer la sociedad esté supeditada a la existencia de alguna autorización por parte de algún órgano de la sociedad, caso en el cual sí se deberá contar con la autorización respectiva. En todos los demás eventos aplica la *regla general* señalada, según la cual, a falta de estipulación en el contrato social, existe una presunción de capacidad para celebrar este tipo de acuerdos consorciales o para constituir uniones temporales, con las precisiones señaladas.

**CAPACIDAD RESIDUAL – Capacidad de organización – Ley 1150 de 2007 – Decreto 1082 de 2015**

[…] el análisis consiste en revisar el mayor ingreso operacional del proponente que reflejará la capacidad real de organización del mismo. En palabras de la Sociedad Colombiana de Ingenieros – SCI, «En la medida que una empresa constructora haya sido capaz de ejecutar contratos de obra de mayor cuantía y mayor cantidad, significa que esa empresa ha ido superando niveles de crecimiento y por lo tanto ha obtenido una mayor Capacidad de Organización (Co). Esta capacidad del proponente […] debe determinarse con base en los ingresos brutos operacionales relacionados exclusivamente con la actividad de la construcción […]».

De esta manera, la capacidad de organización está en función de los ingresos operacionales del proponente. De ahí que tanto el Decreto 1082 de 2015 como el documento tipo, que se analizará a continuación, soliciten el estado de resultados, puesto que mediante este documento se relacionan los ingresos, costos y gastos en los que incurrió el proponente, de tal forma que se puedan evidenciar los ingresos operacionales que ha obtenido en un determinado período

**ESTADO DE RESULTADOS – Documentos tipo – Infraestructura de transporte versión 3 – Acreditación**

[…] teniendo en cuenta el contenido de los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte – versión 3 y procesos de selección abreviada de menor cuantía – versión 2, para acreditar la capacidad organizacional de los proponentes que estén obligados a tener RUP sólo se requiere aportar el estado de resultados del año en que el proponente obtuvo mayor ingreso operacional en los últimos 5 años debidamente firmado por el representante legal, contador y revisor fiscal y/o contador independiente –externo–, si están obligados a tenerlos, y la copia de la tarjeta profesional y certificado de antecedentes disciplinarios vigentes de los contadores públicos, revisores fiscales, contadores independientes –externos–, quienes suscribieron dichos documentos, de conformidad con el artículo 37 de la Ley 222 de 1995. Lo anterior, sin que el Documento Tipo exija el dictamen del estado de resultados señalado en el artículo 38 de la Ley 222 de 1995, por lo que el requisito se acredita en los términos establecidos en dichos documentos tipo.

[…] la Agencia concluye que el Documento Tipo en su última versión guarda total coherencia con el numeral 3 del artículo 2.2.1.1.1.6.4. del Decreto 1082 de 2015, según el cual, la acreditación de la capacidad residual, en específico referente al factor de capacidad operacional, para los proponentes obligados a tener RUP […]



Bogotá, 26 Enero 2022

Señor

**Giovanny Enrique Rangel Rodríguez**

Barranquilla, Atlántico

 **Concepto C – 729 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CONFORMACIÓN DE CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES – Facultad de administradores o representantes legales de las sociedades / CAPACIDAD RESIDUAL – Capacidad de organización – Ley 1150 de 2007 – Decreto 1082 de 2015 / ESTADO DE RESULTADOS – Documentos tipo – Infraestructura de transporte versión 3 – Acreditación |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20211215011520 |

Estimado señor Rangel Rodríguez:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 15 de diciembre de 2021, 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.

**1. Problema planteado**

Usted realiza las siguientes preguntas:

«1. Los representantes legales de las sociedades mercantiles deben tener dentro de sus funciones la suscripción de consorcios y uniones temporales. Si no la tienen, deben contar con autorización del órgano respectivo para participar en un proceso de contratación.

2. El Decreto 1082 de 2015 señala que para acreditar capacidad residual el Proponente debe aportar con su oferta estado financiero del año inmediatamente anterior y estados resultados con el mejor ingreso operaciones de los últimos 5 años. Porque en el pliego de condiciones tipo no se exige la presentación de los estados financieros del año inmediatamente anterior. Las entidades estatales pueden pedir este documento en cumplimiento del Decreto 1082 de 2015, así no haya sido incluido en el pliego de condiciones tipo.

Si las entidades pueden requerir a los proponentes los estados financieros del año inmediatamente anterior, también pueden solicitar que éstos sean certificados y auditados, en concordancia con la Ley 222 de 1995».

**2. Consideraciones**

En primer lugar, es pertinente indicar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes oportunidades sobre los requisitos para acreditar la capacidad residual en los documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte, en los conceptos C-389 del 21 de julio de 2020, C-393 del 21 de julio de 2020, C-461 del 13 de julio de 2020, C-742 del 16 de diciembre de 2020, C-067 del 15 de marzo de 2021, C-170 del 20 de abril de 2021, C-467 de 7 de septiembre de 2021 y C-521 del 24 de septiembre de 2021, entre otros. De igual manera, ha analizado la inalterabilidad de los documentos tipo en los conceptos C-179 del 28 de abril de 2021, C-287 del 18 de junio de 2021 y C-428 del 20 de agosto de 2021, entre otros. Las tesis desarrolladas en dichos conceptos se reiteran y se complementan en lo pertinente.

Esta Agencia, dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) capacidad de los representantes legales de personas jurídicas para la conformación de consorcios y uniones temporales, ii) acreditación de la capacidad residual e información financiera para acreditar la capacidad de organización y iii) capacidad residual y su acreditación en los documentos tipo de infraestructura de transporte.

**2.1. Capacidad de los representantes legales de personas jurídicas para la conformación de consorcios y uniones temporales**

Según lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 3 de la Ley 2160 de 2021, existe un consorcio «cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman». Mientras que existe unión temporal «cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal».

 La diferencia fundamental, tal como se desprende de la norma citada, se encuentra en el régimen sancionatorio por el incumplimiento de la propuesta y el objeto contratado, toda vez que en los consorcios hay responsabilidad solidaria, mientras que en las uniones temporales las sanciones se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

 Además, según el parágrafo 1 del mismo artículo 7 «los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante». Allí se establece, además, que «los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad».

Por su parte, en relación con la conformación de los consorcios y las uniones temporales, debe resaltarse que su constitución no implica la creación de una nueva persona jurídica distinta a aquellas que los conforman. Así las cosas, con respecto a las facultades requeridas por parte de los representantes legales de los miembros que las conforman, es importante resaltar que, para el efecto, los representantes legales deberán contar con las respectivas facultades para suscribir el acuerdo consorcial o de unión temporal, para celebrar el contrato estatal y contar con las autorizaciones estatutarias correspondientes, según el Código Civil y el Código de Comercio.

En efecto, esta Agencia, en la Guía de Asuntos Corporativos en los Procesos de Contratación, indicó que «El representante legal de cada miembro del consorcio o unión temporal debe estar facultado para suscribir el acuerdo y el contrato estatal y tener las autorizaciones estatutarias correspondientes. Si es necesaria la aprobación de algún órgano de la persona jurídica, es necesario presentar el acta de autorización para celebrar el contrato de colaboración y el contrato estatal»[[1]](#footnote-1).

Por ejemplo, en el caso de las sociedades comerciales que acuerden la conformación de un consorcio o una unión temporal, a efectos de las facultades de los administradores y representantes legales se da prevalencia al contrato de sociedad y, en el evento en que no haya previsión estatutaria, se aplica lo previsto en el artículo 196 del Código de Comercio. Dicho artículo establece:

Artículo 196. La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.

*A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.*

*Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponible a terceros* (Cursivas fuera del original)

Del primer inciso resulta claro que las facultades de los representantes legales deberán estar previstas expresamente en el contrato social, conforme a cada tipo social. Sin embargo, el segundo inciso de la legislación comercial referida prevé que, en ausencia de estipulación expresa, «…se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad» De este modo, con base en una interpretación integra del artículo 196 del Código de Comercio, esta Agencia considera que, por *regla general*, con base en los incisos segundo y tercero, los representantes legales de las sociedades comerciales pueden celebrar acuerdos para la conformación de consorcios y de uniones temporales, sin necesidad de la existencia de una estipulación expresa y específica en el contrato social, siempre y cuando, primero, no exista una prohibición expresa en el contrato social que limite o restrinja la posibilidad de celebración de dichos acuerdos y, segundo, la conformación de consorcios y uniones temporales estén «…comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad».

En otras palabras, se debe entender que los representantes legales de las sociedades comerciales no podrán conformar consorcios o uniones temporales solo en los eventos en que dicho acto no se entienda comprendido dentro del objeto social o no esté relacionado directamente con el funcionamiento de la sociedad o en los eventos donde exista una prohibición expresa en el contrato social. Además, es posible que en este último supuesto la limitación del representante legal para comprometer la sociedad esté supeditada a la existencia de alguna autorización por parte de algún órgano de la sociedad, caso en el cual sí se deberá contar con la autorización respectiva. En todos los demás eventos aplica la *regla general* señalada, según la cual, a falta de estipulación en el contrato social, existe una presunción de capacidad para celebrar este tipo de acuerdos consorciales o para constituir uniones temporales, con las precisiones señaladas.

**2.2. Acreditación de la capacidad residual e información financiera para acreditar la capacidad de organización**

De acuerdo con la definición establecida en 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, sin que los demás compromisos contractuales que han adquirido afecten su habilidad para cumplir el objeto del contrato que está en proceso de selección[[2]](#footnote-2). 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»[[3]](#footnote-3). En tales términos, la capacidad residual hace referencia 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. Al respecto, el parágrafo 1 del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 establece que la capacidad residual o *K* de contratación de los interesados en participar en procesos de selección para contratos de obra pública deberá ser igual o superior a la 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.

Por su parte, el artículo 72 de la Ley 1682 de 2013, por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte, estableció que la capacidad residual del proponente se debe calcular mediante la evaluación de los siguientes factores: Experiencia –E–, Capacidad Financiera –CF–, Capacidad Técnica –CT– y Capacidad de Organización –CO–.

Igualmente, el artículo 2.2.1.1.1.6.4 del Decreto 1082 de 2015, establece que las entidades estatales deberán calcular la capacidad residual conforme a la metodología definida por Colombia Compre Eficiente y precisó que, para tales fines, resulta necesario tener en cuenta los factores de: i) experiencia; ii) capacidad financiera; iii) capacidad técnica; iv) capacidad de organización; y v) los saldos de los contratos en ejecución, así:

Artículo 2.2.1.1.1.6.4. Capacidad Residual. El interesado en celebrar contratos de obra pública con Entidades Estatales debe acreditar su Capacidad Residual o K de Contratación con los siguientes documentos: […]

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

De conformidad con lo anterior, esta Agencia expidió la *Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública*. En este documento se establece, entre otras cuestiones, que a la entidad contratante le corresponde, primero, establecer la capacidad residual del proceso de contratación *CRPC* y, segundo, determinar si los proponentes cumplen con la capacidad residual del proceso de contratación, teniendo en cuenta la siguiente información aportada por el proponente:

* La lista de los Contratos en Ejecución, así como el valor y plazo de tales contratos.
* La lista de los Contratos en Ejecución, suscritos por sociedades, consorcios o uniones temporales, en los cuales el proponente tenga participación, así como el valor y plazo de tales contratos.
* El estado de resultados auditado que contiene el mejor ingreso operacional de los últimos cinco (5) años y el balance general auditado del último año, suscrito por el interesado o su representante legal y el revisor fiscal si está obligado a tenerlo, o el auditor o contador si no está obligado a tener revisor fiscal. Si se trata de proponentes obligados a tener RUP, las Entidades Estatales solo deben solicitar como documento adicional el estado de resultados que contiene el mejor ingreso operacional de los últimos cinco (5) años puesto que la información de la liquidez se encuentra en el RUP.

Entonces, en este documento se establece que la capacidad residual del proponente se calcula según la siguiente fórmula:



Como se observa, la Capacidad de Organización –CO– corresponde a uno de los factores para calcular la capacidad residual del proponente en los procesos de obra pública. Para su verificación se examinan los ingresos operacionales teniendo en cuenta lo siguiente:

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

En armonía con lo anterior, el análisis consiste en revisar el mayor ingreso operacional del proponente que reflejará la capacidad real de organización del mismo. En palabras de la Sociedad Colombiana de Ingenieros – SCI, «En la medida que una empresa constructora haya sido capaz de ejecutar contratos de obra de mayor cuantía y mayor cantidad, significa que esa empresa ha ido superando niveles de crecimiento y por lo tanto ha obtenido una mayor Capacidad de Organización (Co). Esta capacidad del proponente […] debe determinarse con base en los ingresos brutos operacionales relacionados exclusivamente con la actividad de la construcción […]»[[4]](#footnote-4).

De esta manera, la capacidad de organización está en función de los ingresos operacionales del proponente. De ahí que tanto el Decreto 1082 de 2015 como el documento tipo, que se analizará a continuación, soliciten el estado de resultados, puesto que mediante este documento se relacionan los ingresos, costos y gastos en los que incurrió el proponente, de tal forma que se puedan evidenciar los ingresos operacionales que ha obtenido en un determinado período.

**2.3 Capacidad residual y su acreditación en los documentos tipo de infraestructura**

Analizado el alcance del requisito habilitante de capacidad residual en los procesos de contratación y el de la capacidad de organización como uno de sus factores, a continuación, se explicará la forma en que se reguló este requisito en los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte.

Es pertinente resaltar que, en materia de obra pública de infraestructura de transporte en la modalidad de licitación pública y selección abreviada la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, hasta el momento ha adoptado y actualizado los siguientes documentos tipo, que son obligatorios para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública:

i) Documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte –Versión 1–, implementados mediante la Resolución No. 1798 de 2019, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 1 de abril de 2019.

ii) Documentos tipo para procesos de menor cuantía de infraestructura de transporte– versión 1–, obligatorios para procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 17 de febrero de 2020.

iii) Documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte –Versión 2–, actualizados mediante la Resolución No. 045 de 2020[[5]](#footnote-5), obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 10 de marzo de 2020.

iv) Documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte –Versión 3– y para procesos de menor cuantía de infraestructura de transporte –versión 2–, actualizados mediante las Resoluciones No. 240 y 241 de 2020, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 1 de enero de 2021. A su vez, estos documentos tipo fueron modificados mediante las Resoluciones No. 161 y 304 de 2021 en aspectos relacionados con los criterios de desempate y la aplicación de la regla de origen. No obstante, con estas últimas modificaciones no se varió lo relacionado con la capacidad de organización como componente de la capacidad residual.

Ahora bien, respecto del requisito de la capacidad residual o K de contratación se realizaron ajustes en cuanto a la verificación de la capacidad de organización en cada una de las versiones antes descritas. En estos documentos, esta Agencia precisa los requisitos en relación con los proponentes obligados a tener RUP, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1082 de 2015. Siguiendo esta misma línea, a continuación se explicará la forma en que se reguló este requisito en los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura –Versión 1, Versión 2 y Versión 3– y selección abreviada de menor cuantía.

Así, en los documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte *Versión 1*, el Documento Base establecía que para acreditar la capacidad residual el proponente debía presentar los siguientes documentos:

i) Estado de resultados integral –estado de resultados o pérdida o ganancias–, del año en que hayan obtenido el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años, debidamente firmado por el representante legal, contador y revisor fiscal y/o contador independiente –externo–, si está obligados a tenerlos.

ii) Información financiera auditada y aprobada por el máximo órgano social que pretende acreditar el proponente.

iii) Certificación de los estados financieros de que trata el artículo 37 de la ley 222 de 1995, en la cual el representante legal y contador público, bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado los estados financieros, declaren que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en ellos, conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros.

iv) Dictamen del revisor fiscal o, a falta de éste, del contador público independiente cuando el proponente esté obligado a ello, del año o en que haya obtenido el mayor Ingreso Operacional en los últimos cinco (5) años, en los términos descritos en el artículo 38 de la Ley 222 de 1995.

v) Copia de la tarjeta profesional y certificado de antecedentes disciplinarios vigentes de los contadores públicos, revisores fiscales, contadores independientes (externos), quienes suscribieron los documentos anteriores.

De otro lado, en los documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte *Versión 2* se ajustaron los requisitos limitándolos únicamente a los documentos señalados en los numerales i) y v) antes mencionados. De esta manera, se estableció que los proponentes obligados a tener RUP debíann presentar los siguientes documentos: i) el estado de resultados integral –estado de resultados o pérdida o ganancias–, del año en que hayan obtenido el mayor ingreso operacional en los últimos cinco –5– años, debidamente firmado 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, y ii) copia de la tarjeta profesional y certificado de antecedentes disciplinarios vigentes de los contadores públicos, revisores fiscales, contadores independientes –externos–, quienes suscribieron los documentos señalados en el presente literal.

De la lectura de estos últimos requisitos, se advierte que *para los proponentes obligados a tener RUP*, en la *Versión 2* de los documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte*,* no sería necesario presentar los siguientes documentos: i) la información financiera auditada y aprobada por el máximo órgano social que pretende acreditar el proponente, ii) la certificación de los estados financieros de que trata el artículo 37 de la Ley 222 de 1995, en la cual el representante legal y contador público, bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado los estados financieros, declaren que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en ellos, conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros. Y iii) el dictamen del revisor fiscal o, a falta de éste, del contador público independiente, cuando el proponente esté obligado a ello, del año en que haya obtenido el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años, en los términos descritos en el artículo 38 de la Ley 222 de 1995.

Las razones para eliminar estos documentos se fundamentaron en lo previsto en el artículo 2.2.1.1.1.6.4 del Decreto 1082 de 2015, que indica que para acreditar la capacidad residual solo se requiere presentar: «[…] 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*»[[6]](#footnote-6). (cursiva fuera de texto)

En este sentido, se consideró que el Decreto reglamentario de forma expresa indicaba los documentos necesarios para acreditar la capacidad residual, sin prever la exigencia de presentar la información financiera auditada y aprobada por el máximo órgano social que pretende acreditar el proponente.

Posteriormente, en la *Versión 3* de los documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte, el *Documento Base* dispone idénticamente en el numeral 3.11.2., literal A, que para acreditar el factor de capacidad de organización (CO) el proponente obligado a tener RUP debe presentar los siguientes documentos:

«i. Estado de resultados integral (estado de resultado o pérdida o ganancias), del año en que hayan obtenido el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años, debidamente firmado por el representante legal, contador y revisor fiscal y/o contador independiente (externo), si están obligados a tenerlos. Esto teniendo en cuenta el artículo 37 de la Ley 222 de 1995.

ii. Copia de la tarjeta profesional y certificado de antecedentes disciplinarios vigentes de los Contadores Públicos, Revisores Fiscales, Contadores independientes (externos), quienes suscribieron los documentos señalados en el presente literal».

Como se advierte, la *Versión 3* de los documentos tipo mantiene el enfoque regulatorio establecido en la *Versión 2*. En efecto, continuando con el análisis anterior, el numeral 3.11.2., literal A del Documento Base de los Documentos Tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte – Versión 3, al referirse al estado de resultados dentro de la capacidad de organización para determinar la capacidad residual hace una remisión al artículo 37 de la Ley 222 de 1995. De igual forma, el documento base de los documentos tipo para la selección abreviada de menor cuantía de infraestructura de transporte *Versión* 2 reprodujo la misma estipulación sobre la acreditación de la capacidad de organización de los proponentes inscritos en el RUP, referida para los documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte versión 3.

El artículo en mención señala que «El representante legal y el contador público bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado los estados financieros deberán certificar aquellos que se pongan a disposición de los asociados o de terceros. La certificación consiste en declarar que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en ellos, conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros». Además, vale reiterar que, entre otras cosas, a diferencia de la *Versión 1,* no se hace referencia a la necesidad de que dicho estado de resultados se aporte de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 222 de 1995.

De esta manera, es importante señalar que de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 43 de 1990, normativa que reglamenta la profesión de contador público, la firma de un contador público en los actos propios de su profesión hará presumir, salvo prueba en contrario, que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales.

De acuerdo con lo señalado, y teniendo en cuenta el contenido de los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte – versión3y procesos de selección abreviada de menor cuantía – versión 2, para acreditar la capacidad residual, en cuanto a la capacidad de organización de los proponentes que estén obligados a tener RUP solo se requiere aportar el estado de resultados del año en que el proponente obtuvo mayor ingreso operacional en los últimos 5 años. Este debe estar debidamente firmado por el representante legal, contador y revisor fiscal y/o contador independiente –externo–, si están obligados a tenerlos, y la copia de la tarjeta profesional y certificado de antecedentes disciplinarios vigentes de los contadores públicos, revisores fiscales, contadores independientes –externos–, quienes suscribieron dichos documentos, de conformidad con el artículo 37 de la Ley 222 de 1995. Lo indicado, sin que el Documento Tipo exija el dictamen del estado de resultados señalado en el artículo 38 de la Ley 222 de 1995, por lo que el requisito se acredita en los términos establecidos en dichos documentos tipo.

Explicado lo anterior, la Agencia concluye que el Documento Tipo en su última versión guarda coherencia con el numeral 3 del artículo 2.2.1.1.1.6.4. del Decreto 1082 de 2015, según el cual, la acreditación de la capacidad residual, en específico, en lo referente al factor de capacidad operacional, para los proponentes obligados a tener RUP se deberá hacer de la siguiente manera:

«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*». (cursiva fuera de texto)

En armonía con la disposición citada, y atendiendo a la consulta del peticionario, resulta importante destacar que la norma transcrita realiza una distinción entre los proponentes obligados a tener RUP, pues la parte final de la disposición prescribe que cuando se trata de proponentes obligados a contar con dicho registro, las entidades estatales solo deben exigir como documento adicional el estado de resultados del año en que el proponente obtuvo el mayor ingreso operacional. En tal sentido, no sería necesario exigir el balance general auditado del año inmediatamente anterior.

**3. Respuesta**

«1. Los representantes legales de las sociedades mercantiles deben tener dentro de sus funciones la suscripción de consorcios y uniones temporales. Si no la tienen, deben contar con autorización del órgano respectivo para participar en un proceso de contratación».

De conformidad con las consideraciones expuestas, en relación con la conformación de los consorcios y las uniones temporales, debe resaltarse que su constitución no implica la creación de una nueva persona jurídica distinta a aquellas que los conforman. Además, respecto a las facultades requeridas por parte de los representantes legales de los miembros que las conforman, es importante resaltar que, para el efecto, los representantes legales deberán contar con las respectivas facultades para suscribir el acuerdo consorcial o de unión temporal, para celebrar el contrato estatal y contar con las autorizaciones estatutarias correspondientes, según el Código Civil y el Código de Comercio. En efecto, esta Agencia, en la Guía de Asuntos Corporativos en los Procesos de Contratación, indicó que «El representante legal de cada miembro del consorcio o unión temporal debe estar facultado para suscribir el acuerdo y el contrato estatal y tener las autorizaciones estatutarias correspondientes. Si es necesaria la aprobación de algún órgano de la persona jurídica, es necesario presentar el acta de autorización para celebrar el contrato de colaboración y el contrato estatal».

En armonía con lo anterior, con fundamento en una interpretación integral del artículo 196 del Código de Comercio, esta Agencia considera que, por *regla general*, con base en los incisos segundo y tercero de la norma indicada, los representantes legales de las sociedades comerciales pueden celebrar acuerdos para la conformación de consorcios y de uniones temporales, sin necesidad de la existencia de una estipulación expresa y específica en el contrato social, siempre y cuando, primero, no exista una prohibición expresa en el contrato social que limite o restrinja la posibilidad de celebración de dichos acuerdos y, segundo, la conformación de consorcios y uniones temporales estén «…comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad».

En otras palabras, se debe entender que los representantes legales de las sociedades comerciales no podrán conformar consorcios o uniones temporales solo en los eventos en que dicho acto no se entienda comprendido dentro del objeto social o no esté relacionado directamente con el funcionamiento de la sociedad o en los eventos donde exista una prohibición expresa en el contrato social. Además, es posible que en este último supuesto la limitación del representante legal para comprometer la sociedad esté supeditada a la existencia de alguna autorización por parte de algún órgano de la sociedad, caso en el cual sí se deberá contar con la autorización respectiva. En todos los demás eventos aplica la *regla general* señalada, según la cual, a falta de estipulación en el contrato social, existe una presunción de capacidad para celebrar este tipo de acuerdos consorciales o para constituir uniones temporales, con las precisiones señaladas.

2. «El Decreto 1082 de 2015 señala que para acreditar capacidad residual el Proponente debe aportar con su oferta estado financiero del año inmediatamente anterior y estados resultados con el mejor ingreso operaciones de los últimos 5 años. Porque en el pliego de condiciones tipo no se exige la presentación de los estados financieros del año inmediatamente anterior. Las entidades estatales pueden pedir este documento en cumplimiento del Decreto 1082 de 2015, así no haya sido incluido en el pliego de condiciones tipo.

Si las entidades pueden requerir a los proponentes los estados financieros del año inmediatamente anterior, también pueden solicitar que éstos sean certificados y auditados, en concordancia con la Ley 222 de 1995»

Con base en las consideraciones de este concepto, es importante aclarar que los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte –Versión 3– y selección abreviada de menor cuantía –Versión 2–, son armónicos con el numeral 3 del artículo 2.2.1.1.1.6.4. del Decreto 1082 de 2015, según el cual, la acreditación de la capacidad residual, en específico, en lo referente al factor de capacidad operacional, para los proponentes obligados a tener RUP se deberá realizar de la siguiente manera:

«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*». (cursiva fuera de texto)

Por tanto, atendiendo a la consulta del peticionario, resulta importante destacar que la norma transcrita realiza una distinción entre los proponentes obligados a tener RUP, pues la parte final de la disposición prescribe que cuando se trata de proponentes obligados a contar con dicho registro, las entidades estatales solo deben exigir como documento adicional el estado de resultados del año en que el proponente obtuvo el mayor ingreso operacional. En tal sentido, no sería necesario exigir el balance general auditado del año inmediatamente anterior.

De esta manera, teniendo en cuenta el contenido de los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte –versión3–y procesos de selección abreviada de menor cuantía –Versión 2–, para acreditar la capacidad residual, en cuanto a la capacidad de organización de los proponentes que estén obligados a tener RUP solo se requiere aportar el estado de resultados del año en que el proponente obtuvo mayor ingreso operacional en los últimos 5 años debidamente firmado por el representante legal, contador y revisor fiscal y/o contador independiente –externo–, si están obligados a tenerlos, y la copia de la tarjeta profesional y certificado de antecedentes disciplinarios vigentes de los contadores públicos, revisores fiscales, contadores independientes –externos–, quienes suscribieron dichos documentos, de conformidad con el artículo 37 de la Ley 222 de 1995.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Camilo Perdomo Villamil Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. https://colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_guia\_asuntos\_corporativos.pdf [↑](#footnote-ref-1)
2. 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-2)
3. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 26 de junio de 2003. Rad. 13.354. C.P: María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sociedad Colombiana de Ingenieros. Concepto técnico. Capacidad de Contratación Para Constructores. Febrero 2014. [↑](#footnote-ref-4)
5. Esta resolución actualizó los Documentos Tipo - Versión 1 mediante los Documentos Tipo - Versión 2 y derogó la Resolución No. 1798 de 2019. [↑](#footnote-ref-5)
6. Decreto 1082 de 2015. «Artículo 2.2.1.1.1.6.4. Capacidad Residual. El interesado en celebrar contratos de obra pública con Entidades Estatales debe acreditar su Capacidad Residual o K de Contratación con los siguientes documentos:

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

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

»3.    Balance general auditado del año inmediatamente anterior y estado de resultados auditado del año en que haya obtenido el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años. Los estados financieros deben estar suscritos por el interesado o su representante legal y el revisor fiscal si está obligado a tenerlo, o el auditor o contador si no está obligado a tener revisor fiscal. Si se trata de proponentes obligados a tener RUP, las Entidades Estatales solo deben solicitar como documento adicional el estado de resultados del año en que el proponente obtuvo el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años». [↑](#footnote-ref-6)