**CCE-DES-FM-17**

**CAPACIDAD RESIDUAL – Definición**

La capacidad residual, definida en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, como la «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». Ahora, el artículo 72 de la Ley 1682 de 2013 establece que para calcular la capacidad residual de contratación pública se deben tener en cuenta los factores de experiencia, capacidad financiera, capacidad técnica y capacidad de organización, y en consecuencia faculta al Gobierno para reglamentar la materia.

**CAPACIDAD RESIDUAL – Contratos en ejecución**

El numeral 1 del artículo 2.2.1.1.1.6.4. del Decreto 1082 de 2015 estableció que el interesado en celebrar un contrato de obra pública con una entidad estatal deberá acreditar «los contratos de obra civiles en ejecución suscritos con entidades estatales y con entidades privadas […] incluyendo contratos de concesión y los contratos de obra suscritos con un concesionario».

Entonces, de conformidad con lo establecido en la norma referida, la capacidad residual de un oferente se verifica, entre otros factores, a partir de los contratos de obras civiles en ejecución, incluidos contratos de concesión. Frente a este último respecto, debe precisarse que la Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública, expedida por esta Agencia, en su acápite de definición de expresiones utilizadas, determinó el alcance del concepto «contratos en ejecución», así: […] 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.

**CAPACIDAD RESIDUAL – Contratos en ejecución – contratos de concesión**

[…] conforme con la Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública, los interesados en participar en un proceso de contratación de obra pública deben relacionar o enlistar, para determinar su capacidad residual, aquellos contratos de concesión cuyo objeto comprenda la ejecución de obras civiles. Es decir que, en lo que respecta a los contratos de concesión, el deber de reportarlos no es genérico para todos los contratos de esta naturaleza, sino que se circunscribe exclusivamente para aquellas contrataciones en las que se haya pactado la ejecución de obras civiles.



**CCE-DES-FM-17**

 Bogotá, Octubre 12 de 2021

Señor

**Carlos Mejía Hernández**

Cúcuta, Norte de Santander

**Concepto C – 590 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | CAPACIDAD RESIDUAL – Definición / CAPACIDAD RESIDUAL – Contratos en ejecución / CAPACIDAD RESIDUAL – Contratos en ejecución – Contratos de concesión.  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210906008108  |

Estimado señor Mejía:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 2 de septiembre de 2021.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza la siguiente pregunta: «[¿] debe un proponente incluir los contratos de concesión que tiene actualmente (específicamente concesiones de alumbrado público) dentro de los contratos en ejecución para calcular el K residual de Contratación [?]»

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre la experiencia como requisito habilitante y como factor para determinar la capacidad residual, así como también sobre la forma en que se debe determinar esta última, en los conceptos del 27 de agosto y el 20 y 26 (2) de diciembre de 2019 −radicados Nos. 2201913000006275, 2201913000009465, 2201913000009642 y 2201913000009640−. Igualmente, en los conceptos C-022 de 20 de febrero de 2020, C-089 de 4 de abril de 2020, C-112 de 16 de marzo de 2020, C-133 de 30 de marzo de 2020, C-194 de 21 de abril de 2021, C-222 de 29 de marzo de 2020 y C – 326 de 9 de junio de 2020, C-383 del 23 de junio de 2020, C-446 del 6 de julio de 2020, C-461 del 13 de julio de 2020, C-668 del 20 de noviembre de 2020, C-742 del 16 de diciembre de 2020, C-045 del 5 de marzo de 2021, C-067 del 15 de marzo de 2021, C-079 del 17 de marzo de 2021, C-121 del 31 de marzo de 2021, C-143 del 09 de abril de 2021, C-202 del 07 de mayo de 2021, C-219 del 19 de mayo de 2021, C-368 del 28 de julio de 2021y C-392 del 5 de agosto del 2021. Los argumentos expuestos se reiteran a continuación.

**2.1. La capacidad residual como requisito habilitante en los procesos de selección de obra pública**

La capacidad residual, es definida en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, como la «[…] 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». Ahora, el artículo 72 de la Ley 1682 de 2013 establece que para calcular la capacidad residual de contratación pública se deben tener en cuenta los factores de experiencia, capacidad financiera, capacidad técnica y capacidad de organización, y en consecuencia faculta al Gobierno para reglamentar la materia[[1]](#footnote-1).

Por su parte, el artículo 2.2.1.1.1.1.6.4. del Decreto 1082 de 2015, con fundamento en la facultad otorgada al Gobierno, 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[[2]](#footnote-2).

El artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 establece que todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, deben estar inscritas en el Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal. En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente, es decir, la verificación de dichos requisitos habilitantes se demostrará exclusivamente con el RUP, donde deben constar dichas condiciones. En consecuencia, las entidades, en los procedimientos de selección, no podrán exigir, ni los proponentes aportar, documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro.

Conforme a lo anterior, la Ley 1150 de 2007 establece que los requisitos habilitantes de experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización se acreditarán conforme a lo contenido en el Registro Único de Proponentes. Respecto a la acreditación de la capacidad residual, como esta no se realiza totalmente conforme al contenido del RUP, las entidades deben exigir los documentos previstos en el artículo 2.2.1.1.1.6.4 del Decreto 1082 de 2015, siempre y cuando no sea información que el proponente haya aportado, con anterioridad, para inscribirse en el RUP.

El Consejo de Estado, al estudiar la demanda de nulidad contra el artículo 18 del Decreto 1510 de 2013, que reglamentaba el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, señaló que la capacidad residual alude a «la aptitud del contratista para cumplir con las obligaciones contractuales sin que los demás compromisos adquiridos por este con anterioridad afecten su ejecución, esto es, implica la verificación concreta de un aspecto propio de la capacidad».

El numeral 1 del artículo 2.2.1.1.1.6.4. del Decreto 1082 de 2015 estableció que el interesado en celebrar un contrato de obra pública con una entidad estatal deberá acreditar «los contratos de obra civiles en ejecución suscritos con entidades estatales y con entidades privadas […] incluyendo contratos de concesión y los contratos de obra suscritos con un concesionario».

Entonces, de conformidad con lo establecido en la norma referida, la capacidad residual de un oferente se verifica, entre otros factores, a partir de los contratos de obras civiles en ejecución, incluidos contratos de concesión. Frente a este último respecto, debe precisarse que la *Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública,* expedida por esta Agencia, en su acápite de definición de expresiones utilizadas, determinó el alcance del concepto «contratos en ejecución», así:

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 síntesis, para esta Agencia, conforme con la *Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública*, los interesados en participar en un proceso de contratación de obra pública deben relacionar o enlistar, para determinar su capacidad residual, aquellos contratos de concesión cuyo objeto comprenda la ejecución de obras civiles. Es decir que, en lo que respecta a los contratos de concesión, el deber de reportarlos no es genérico para todos los contratos de esta naturaleza, sino que se circunscribe exclusivamente para aquellas contrataciones en las que se haya pactado la ejecución de obras civiles.

1. **Respuestas**

«[¿] debe un proponente incluir los contratos de concesión que tiene actualmente (específicamente concesiones de alumbrado público) dentro de los contratos en ejecución para calcular el K residual de Contratación [?]».

Conforme a lo expuesto, el numeral 1 del artículo 2.2.1.1.1.6.4. del Decreto 1082 de 2015 estableció que el interesado en celebrar un contrato de obra pública con una entidad estatal deberá acreditar «los contratos de obra civiles en ejecución suscritos con entidades estatales y con entidades privadas […] incluyendo contratos de concesión y los contratos de obra suscritos con un concesionario». Según dicha norma, la capacidad residual de un oferente se verifica, entre otros factores, a partir de los contratos de obras civiles en ejecución, incluidos contratos de concesión.

 Lo anterior comoquiera que, la *Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública,* expedida por esta Agencia, en la que se establece la metodología para el cálculo de la capacidad residual, define «Contratos en ejecución», como los 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»*.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Melissa Fernández Reinoso.Analista T2-2 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE (E) |

1. «Artículo 72. Capacidad residual de contratación pública:La capacidad residual de contratación cuando obra pública se obtendrá de sustraer de la capacidad del valor de los contratos en ejecución.

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

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

»El Gobierno Nacional reglamentará la materia, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la promulgación de la presente ley, acudiendo al concepto técnico de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, en virtual de la Ley 49 de 1904, para propender por una reglamentación equitativa en la implementación de mínimos y máximos que garanticen los derechos de los pequeños contratistas». [↑](#footnote-ref-1)
2. «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-2)