

**CCE-DES-FM-17**

Bogotá, 31 Agosto 2021

Señora

Silvia Consuelo Montalvo

Florencia, Caquetá

**Asunto:** Respuesta a consulta P20210716006278

Estimada señora Moltavo:

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 16 de julio de 2021, en la cual realiza la siguiente pregunta: «[…] qué fecha de inicio se debe tener en cuenta al momento de calcular la capacidad residual de contratación, si en los contratos en ejecución aún no hay acta de inicio».

Al respecto, es necesario tener en cuenta que la capacidad residual es una aptitud que se exige a los oferentes con el objetivo de establecer o determinar si estos pueden o no cumplir de manera oportuna y a cabalidad las obligaciones derivadas del contrato de obra pública, sin que los demás compromisos contractuales que hubieran adquirido les afecte la habilidad de cumplir con el objeto del contrato que está en proceso de selección1. El Consejo de Estado ha definido la capacidad residual como

1 Decreto 1082 de 2015: «Articulo 2.2.1.1.1.3.1. Definiciones. Los términos no definidos en el Título I de la Parte 2 del presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio. Para la interpretación del presente Título I, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que a continuación se indica. Los términos definidos son utilizados en singular y en plural de acuerdo como lo requiera el contexto en el cual son utilizados.

[…]

»Capacidad Residual o K de Contratación: Aptitud de un oferente para cumplir oportuna y cabalmente con el objeto de un contrato de obra, sin que sus otros compromisos contractuales afecten su habilidad de cumplir con el contrato que está en proceso de selección».

«la diferencia que existe entre el potencial de contratación que se tiene y los compromisos que haya adquirido y que se encuentren en ejecución, para la fecha de presentación de la oferta»2.

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

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

[…]

Parágrafo 1°. Para poder participar en los procesos de selección de los contratos de obra y demás que señale el reglamento, la capacidad residual del proponente o K de contratación deberá ser igual o superior al que la entidad haya establecido para el efecto en los pliegos de condiciones.

El Decreto 1082 de 2015 en el artículo 2.2.1.1.1.6.4 recoge el desarrollo legislativo de la capacidad residual, en especial los componentes del artículo 72 de la Ley 1682 de 2013. De tal forma, el artículo en mención prescribe que las entidades estatales deberán calcular la capacidad residual conforme a la metodología definida por Colombia Compre Eficiente. Además 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: [

…]

2 Consejo de Estado. Sección Tercera. Providencia del 26 de junio de 2003. Exp. 13.354. M.P. María Elena Giraldo Gómez.

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

De conformidad con lo anterior, en ejercicio de la competencia prevista en el literal b) del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.5.2 del Decreto 1082 de 2015, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió la «Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública». Este documento establece, entre otras cuestiones, que a la entidad contratante le corresponde, primero, establecer la capacidad residual del proceso de contratación –CRPC– y, segundo, determinar si los proponentes cumplen con la capacidad residual del proceso de contratación, 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.

Por regla general, para identificar los contratos en ejecución, el Consejo de Estado se ha referido al acta de inicio como «un documento formal y escrito, producto de encuentro entre un representante de la entidad, llamado supervisor o interventor, y el contratista seleccionado, en el cual se deja constancia de la fecha de iniciación tanto de las actividades contractuales como de la vigilancia y control que se realizará a las mismas, siempre y cuando en el contrato estatal se haya pactado esta condición»3. En esta medida, la obligación de suscribir el acta es un elemento accidental del contrato el cual puede pactarse al amparo de la autonomía de la voluntad de las partes, de acuerdo con lo previsto en los artículos 32 y 40 de la ley 80 de 19934.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no establece la obligación de que las Entidades Estatales firmen un acta de inicio de actividades en ninguna modalidad de selección o tipo de contrato para comenzar la ejecución. No

3 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia No. 76001-23- 31-000-1999-02622-01(24996) del 13 de febrero de 2013.

4 Conforme al art. 1501 del Código Civil, «Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y *son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales*» (Énfasis fuera de texto).

obstante, las entidades estatales pueden establecer dichos requisitos dentro de los documentos del proceso, caso en el cual es necesario que estos indiquen las condiciones en que debe suscribirse. En este contexto, el acta de inicio es un documento formal que acredita el inicio de ejecución de un contrato previo cumplimiento de los requisitos legales.

Ahora bien, el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 indica que los contratos estatales se perfeccionan cuando se logre un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y éste se eleve a escrito. Por su parte, para iniciar la ejecución se requiere: i) la constitución y aprobación de la garantía única de cumplimiento y ii) la existencia del registro presupuestal, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Presupuesto. Por lo demás, el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007 modificó el inciso segundo de la norma citada, incluyendo la obligación, para los proponentes y contratistas, de acreditar estar a paz y salvo con los aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

Cuando el contrato dispone la obligación de suscribir el acta de inicio, se expide un documento declarativo en el que consta el cumplimiento de los requisitos anteriormente mencionados y en el que las partes acuerdan comenzar con la ejecución. En caso contrario, cuando el inicio del plazo no está supeditado a suscripción de este documento, el contrato debe comenzar a ejecutarse cuando se cumplan la totalidad de los requisitos previstos en el artículo 41, inciso segundo, de la Ley 80 de 1993. A modo de ejemplo, si después de la suscripción del contrato existe el registro presupuestal y el contratista acredita los pagos al Sistema de Seguridad Social, la ejecución queda sujeta a la aprobación de la garantía única de cumplimiento por parte de la entidad contrante.

No obstante, esta regla general para identificar los contratos en ejecución sigue un criterio distinto respecto al cálculo de la capacidad residual. Para estos efectos, en ejercicio de la competencia prevista en el literal b) del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.5.2 del Decreto 1082 de 2015, la «Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública» adoptada por la Agencia dispone que por «contratos en ejecución» se entiende aquellos «[…] q*ue 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» (Énfasis fuera de texto). Es decir, la definición de la guía no se supedita al cumplimiento de los requisitos del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 ni, mucho menos, a la expedición del acta de inicio, pues basta con que el proponente esté obligado a ejecutar obras civiles, la cual surge con la suscripción de los contratos respectivos.

Las ideas de los párrafos precedentes son relevantes porque, para presentar la lista de los contratos en ejecución, la guía exige relacionar, entre otros criterios, «[…] la fecha de inicio de las obras objeto del contrato, día, mes, año […]»5

5 El literal E de la guía dispone lo siguiente: «El proponente debe presentar un certificado suscrito por su representante legal y su revisor

. En este contexto, previo cumplimiento de los requisitos del artículo 41, inciso segundo, del Estatuto General de Contratatación cuando se trate de entidades sometidas, el oferente debe reportar la información de este campo con la fecha de suscripción del acta de inicio. Si el inicio del plazo del contrato no se previó con la firma del acta, este corresponderá –como se explicó *ut supra*– al momento en el cual se hayan cumplido con la totalidad de los requisitos de ejecución previstos en la norma citada.

En todo caso, también es posible que el proponente suscriba contratos de obra sin que se hayan cumplido los requisitos del artículo 41 de la Ley 80 de 1993. En este caso no puede computarse el plazo de ejecución ni, mucho menos, suscribir el acta de inicio. No obstante, es necesario considerar que para efectos de la capacidad residual se tienen en cuenta los contratos suspendidos y aquellos que no tengan acta inicio. Por tanto, salvo que el contrato defina expresamente que el término de ejecución se computará a partir de una fecha determinada, es posible tomar la fecha de suscripción como la «fecha de inicio de las obras objeto del contrato» para efectos de la lista solicitada en guía.

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

Elaboró: María Claudia de la Ossa Bobadilla

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Juan David Montoya Penagos

Revisó: Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro

Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE

fiscal, si el proponente está obligado a tenerlo, o por el contador o su auditor independiente, el cual contenga la lista de los Contratos en Ejecución, tanto a nivel nacional como internacional, indicando: (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» (Énfasis fuera de texto).