**CAPACIDAD RESIDUAL** – Definición

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 materia1.

**CAPACIDAD RESIDUAL** – Contratos en ejecución

 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”.

Así, para entender el alcance de la afirmación anterior, en primer lugar es necesario mencionar que el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone que «Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago», de manera que el legislador adoptó el criterio de la tipificación del contrato de obra pública a actividades realizadas sobre bienes inmuebles, admitiendo, de forma muy amplia, la ejecución de todo trabajo que tenga por objeto crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles, lo cual incluye trabajos de construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de esos mismos3.

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

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”.

Bogotá D.C., 30 de diciembre de 2022



Señora

**Claudia Yaneth Arias Ordoñez cyarias@copasagroup.co**

Ciudad.

**Concepto C – 912 de 2022**

**Temas:** CAPACIDAD RESIDUAL – Definición / CAPACIDAD RESIDUAL – Contratos en ejecución / CAPACIDAD RESIDUAL

– Contratos en ejecución – Contratos de concesión.

**Radicación**: Respuesta a consulta P20221124011676

Estimada señora Arias:

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 24 de noviembre de 2022.

1. **Problemas planteados**

De acuerdo con lo dispuesto en los Documentos Tipo de licitación de Infraestructura de Transporte, usted realiza la siguiente pregunta:

«[…] se observa que el oferente debe aportar el listado de contratos de obras civiles en ejecución, incluyendo los contratos de concesión, sin que se especifique de manera clara que para realizar el cálculo de la capacidad residual este debe contar con: i) únicamente con los contratos de concesión que se encuentran en fase de construcción al momento de ofertar, o, ii) los contratos de concesión en los cuales la etapa de construcción ya finalizó, pero al momento de ofertar se encuentran en fase de explotación (es decir, operación, conservación y/o mantenimiento) y iii) en qué momento un contrato de concesión deja de hacer parte del SCE.

Con fundamento en lo anterior, y a partir de lo dispuesto tanto en el Decreto 1082 de 2015, como en el Numeral 3.10.2 del Documento Base Licitación de Infraestructura de Transporte (Versión 3), se precise si el oferente debe reportar en el listado de Saldo de Contratos en Ejecución los contratos de concesión que se encuentran al momento de ofertar en etapa de explotación (operación, conservación y mantenimiento) o, únicamente debe reportarse los contratos de concesión cuando se encuentran en etapa de construcción (obra civil)»

# 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, entre otros. Los argumentos expuestos se reiteran a continuación.

# 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 materia1.

Por su parte, el artículo 2.2.1.1.1.1.6.4. del Decreto 1082 de 2015, [[1]](#footnote-2)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-3).

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”.

Así, para entender el alcance de la afirmación anterior, en primer lugar es necesario mencionar que el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone que «Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago», de manera que el legislador adoptó el criterio de la tipificación del contrato de obra pública a actividades realizadas sobre bienes inmuebles, admitiendo, de forma muy amplia, la ejecución de todo trabajo que tenga por objeto crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles, lo cual incluye trabajos de construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de esos mismos[[3]](#footnote-4). De esta manera:

[…] el legislador limitó la naturaleza de los contratos de obra a las actividades de trabajos materiales exclusivamente sobre bienes inmuebles, independientemente de su modalidad de ejecución y pago. De esta forma, acogió la posición de una parte de la doctrina y del derecho comparado, que vinculan la tipificación del contrato de obra a aquellas actividades realizadas sobre bienes inmuebles.

La ejecución de obras sobre otro tipo de bienes, no estarán regulados por el contrato estatal de obra y podrán corresponder a una prestación de servicios general, o a cualquier otra modalidad típica o atípica, nominada o innominada que pueda celebrarse entre la entidad estatal y un contratista, en los términos 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 1993[[4]](#footnote-5).

En la disposición citada, el contrato de obra pública no se limita a la construcción de inmuebles, pues la definición se extiende a las actividades de mantenimiento e instalación, lo cual supone un bien preexistente. Igualmente, el concepto se extiende a cualquier trabajo realizado sobre bienes inmuebles, tales como la reforma, la demolición o el mantenimiento.

Así, conforme con la *Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública* y la definición 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, dependiendo de la fase en que se encuentren, ejecuta obra pública en su interpretación amplia.

En efecto, de acuerdo a la definición establecida en la Ley 80 de 1993, es evidente que los proponentes deberán incluir los contratos de concesión en etapa de construcción; sin embargo, respecto de los contratos en etapa de explotación el criterio que determinará su inclusión será si dicha fase involucra la ejecución de obras de civiles, pues, en caso dado que incluyan, por ejemplo, mantenimiento, deberán ser incluidos para el cálculo de la capacidad residual en la medida que, de acuerdo con la definición de la Ley 80 de 1993, el mantenimiento es uno de los verbos rectores de la definición de contrato de obra pública y en tal sentido, debe entenderse como una ejecución de obra civil.

# 3 Respuestas

«[…] se observa que el oferente debe aportar el listado de contratos de obras civiles en ejecución, incluyendo los contratos de concesión, sin que se especifique de manera clara que para realizar el cálculo de la capacidad residual este debe contar con: i) únicamente con los contratos de concesión que se encuentran en fase de construcción al momento de ofertar, o, ii) los contratos de concesión en los cuales la etapa de construcción ya finalizó, pero al momento de ofertar se encuentran en fase de explotación (es decir, operación, conservación y/o mantenimiento) y iii) en qué momento un contrato de concesión deja de hacer parte del SCE.

Con fundamento en lo anterior, y a partir de lo dispuesto tanto en el Decreto 1082 de 2015, como en el Numeral 3.10.2 del Documento Base Licitación de Infraestructura de Transporte (Versión 3), se precise si el oferente debe reportar en el listado de Saldo de Contratos en Ejecución los contratos de concesión que se encuentran al momento de ofertar en etapa de explotación (operación, conservación y mantenimiento) o, únicamente debe reportarse los contratos de concesión cuando se encuentran en etapa de construcción (obra civil)»

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.

En efecto, de acuerdo a la definición establecida en la Ley 80 de 1993, es evidente que los proponentes deberán incluir los contratos de concesión en etapa de construcción; sin embargo, respecto de los contratos en etapa de explotación el criterio que determinará su inclusión será si dicha fase involucra la ejecución de obras de civiles, pues, en caso dado que incluyan, por ejemplo, mantenimiento, deberán ser incluidos para el cálculo de la capacidad residual en la medida que, de acuerdo con la definición de la Ley 80 de 1993, el mantenimiento es uno de los verbos rectores de la definición de contrato de obra pública y en tal sentido, debe entenderse como una ejecución de obra civil.

Conforme a lo anterior, los «Contratos en ejecución» que deben ser tenidos en cuenta para el cálculo del factor (SCE) son aquellos que, al momento de presentarse la oferta, obligan al proponente a ejecutar obras civiles. En ese sentido, lo determinante es que del contrato se derive un compromiso vinculante de ejecutar obras civiles independientemente de la fase contractual en la que se encuentre.

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

Atentamente,



Elaboró: Natalia Urrego Jiménez

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó:

Any Alejandra Tovar Castillo

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Lida Milena Guanumen Pacheco

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Subdirectora de Gestión Contractual

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-2)
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-3)
3. OSPINA MENA, Jesús Marino. Régimen de la Contratación Estatal. Un salto a la contratación liquida.

Bogotá: Dike, 2020. p. 168. [↑](#footnote-ref-4)
4. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de septiembre de 2018.

Rad. 2.386. C.P. Edgar González López [↑](#footnote-ref-5)