**PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Decreto 392 de 2018 – Desarrollo normativo**

En cumplimiento de lo anterior, el Gobierno Nacional, ejerciendo su facultad reglamentaria, expidió el Decreto 392 del 2018, “Por el cual se reglamentan los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, sobre incentivos en Procesos de Contratación en favor de personas con discapacidad”. Este Decreto adicionó el artículo 2.2.1.2.4.6 al Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, estableciendo un puntaje adicional del uno por ciento (1%) para proponentes en los procesos de licitaciones públicas y concurso de méritos que tuvieran vinculados a trabajadores con discapacidad

**PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Puntaje adicional – Fundamento normativo**

En primer lugar, la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o su revisor fiscal, según el caso, deberá expedir un certificado en el que debe constar el número de trabajadores vinculados a la planta de personal al momento en que cierre el proceso de selección. Por su parte, cuando se trate de *proponentes plurales*, esto es, consorcio o unión temporal, la acreditación de requisito corresponderá a los integrantes en la forma antes enunciada. Por ende, deben certificar el número de trabajadores vinculados a la planta de personal, según se trate de persona natural o persona jurídica. En segundo lugar, para acreditar que se cumple con el número mínimo de trabajadores con discapacidad exigido, se empleará un certificado expedido por el Ministerio de Trabajo, el cual debe estar vigente al cierre del respectivo proceso.

Se precisa que ambos certificados son necesarios, pues acreditan requisitos diferentes: el certificado emitido por el proponente relaciona el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal hasta la fecha del cierre del proceso; mientras que en el certificado emitido por el Ministerio de Trabajo se acredita el número de personas con discapacidad. Esto permitirá, conjuntamente, determinar si se cumple con el rango necesario que habilite al proponente a acceder al beneficio.

**PUNTAJE ADICIONAL – Vinculación – Personas en condición de discapacidad – Personas extranjeras**

De esta manera, los proponentes, sin importar su nacionalidad, pueden acceder al puntaje adicional que reguló la Ley 1618 de 2013, reglamentado por el Decreto 392 de 2018, siempre que acrediten lo exigido allí, puesto que la norma no excluye el cumplimiento de los requisitos en razón a que el proponente sea nacional o extranjero, sino que, en general, se dirige a los proponentes que son aquellos que la Ley 80 de 1993 señala como personas con capacidad para contratar con entidades. Así, los proponentes extranjeros sin sucursal en Colombia están incluidos en la disposición del Decreto 392 de 2018, cuando se refiere a los “proponentes”, ya que la norma no distinguió respecto de la nacionalidad para exigir los requisitos señalados allí, y particularmente el que es objeto de su consulta, es decir, el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo. Por ende, teniendo en cuenta la capacidad jurídica de los proponentes extranjeros, con o sin sucursal en Colombia, ya que la Ley 80 de 1993 no los distingue sino que le otorga capacidad al proponente extranjero, independientemente del asiento permanente de negocios en el país, ellos pueden contratar con el Estado y acceder al puntaje por vincular personal en condición de discapacidad, si aportan el certificado suscrito por la persona natural, por el representante legal de la persona jurídica o por el revisor fiscal del proponente o integrante que pretenda acreditar esta condición, acompañado del certificado expedido por el Ministerio de Trabajo.

**CAPACIDAD RESIDUAL – Definición – Cálculo – Factores – Contratos de obra**

La capacidad residual es una aptitud que se exige a los oferentes en los procesos de selección contractual con el objetivo de establecer o determinar si éstos pueden o no cumplir de manera oportuna y a cabalidad con las obligaciones derivadas del contrato de obra pública, sin que los demás compromisos contractuales que hubieran adquirido afecten su capacidad para cumplir con el objeto del contrato que está en proceso de selección. 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”.

[…]

[…] la Ley 1150 de 2007 establece 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 […].

[…]

[…] el artículo 72 de la Ley 1682 de 2013, por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte, establece que la “capacidad residual de contratación cuando se realicen contratos de obra pública se obtendrá de sustraer de la capacidad de contratación, el saldo del valor de los contratos en ejecución”. La “capacidad de contratación”, según se lee en la misma disposición, “[…] se deberá calcular mediante la evaluación de los siguientes factores: Experiencia (E), Capacidad Financiera (CF), Capacidad Técnica (CT), y Capacidad de Organización (CO)”.

**CAPACIDAD RESIDUAL – Saldos de Contratos en Ejecución – SCE – Cálculo**

Esta Agencia ha manifestado en anteriores oportunidades que los contratos en ejecución son aquellos que, a la fecha de presentación de la oferta, obligan al proponente con entidades estatales y con entidades privadas para ejecutar obras públicas, 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. Es decir, los saldos pendientes se derivan de las obligaciones que se encuentran en ejecución al momento de la presentación de la oferta. A este respecto, no se entenderán como contratos en ejecución los que se encuentren en liquidación. Teniendo en cuenta que los contratos en ejecución son aquellos que a la fecha de presentación de la oferta obligan al proponente, se aclara que deben tenerse en cuenta los contratos sin acta de inicio, pues el criterio determinante para establecer si un contrato se encuentra en ejecución no lo determina el acta de inicio, sino que el mismo obligue al proponente.

[…]

 Como se observa, los saldos pendientes por ejecutar de los contratos suspendidos constituyen información que interesa para el cálculo del factor (SCE) “Saldos contratos en ejecución”. Al respecto debe mencionarse que si bien la suspensión de los contratos estatales no es una institución regulada explícitamente en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, los saldos de los contratos pendientes por ejecutar de los contratos afectados por una suspensión constituyen, también, información relevante para calcular la capacidad residual del proponente (CRP).



Señora

**Lizeth Tatiana Beltrán Fonseca**

ltbeltran@aschinfraestrucutras.com

Bogotá D.C.

 **Concepto C ‒ 372 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Decreto 392 de 2018 – Desarrollo normativo / PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Puntaje adicional – Fundamento normativo / PUNTAJE ADICIONAL – Vinculación – Personas en condición de discapacidad – Personas extranjeras /  |
|  **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20230728013752 |

Estimada señora Beltrán:

En ejercicio de la competencia o torgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, a través de la Subdirección de Gestión Contractual, responde su consulta del 28 de julio de 2023.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente consulta:

“¿para establecer el número mínimo de trabajadores con discapacidad exigido para ser acreedor del puntaje mencionado en el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015 se debe tener en cuenta el número de trabajadores de la matriz extranjera o únicamente los de la sucursal? ¿para acreditar el puntaje mencionado en el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015 se deben tener en cuenta los trabajadores en situación de discapacidad de la casa matriz extranjera?

[…]

Por otro lado, en el caso de las sucursales con matriz extranjera ¿cómo se deben acreditar cada uno de los componentes de la capacidad residual en los procesos de contratación pública? ¿es posible tomar la capacidad técnica, financiera y experiencia de la casa matriz extranjera o únicamente la de la sucursal colombiana? ¿los saldos de los contratos en ejecución deben ser los que están siendo ejecutados por la matriz extranjera o únicamente los ejecutados por la sucursal colombiana?”

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados[[1]](#footnote-2). Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos concretos desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. Es menester mencionar, que a través del radicado de salida RS20230803008342 del 3 de agosto de 2023, esta Agencia tramitó como falta de competencia su pregunta número uno (1).

Hecha la anterior aclaración, y sin perjuicio de lo anterior, dentro de los límites de la competencia consultiva atribuida a esta entidad, se resolverán sus preguntas, previo análisis de los siguientes temas: i) Desarrollo normativo de los incentivos en procesos de contratación estatal para favorecer a personas con discapacidad; ii) Acreditación para obtener el puntaje de vinculación de trabajadores con discapacidad, énfasis en el caso de personas extranjeras; iii) la capacidad residual en procesos de contratación de obra pública y iv) los saldos pendientes de los contratos en ejecución. La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre los requisitos para acreditar el personal en situación de discapacidad y la aplicación de incentivos contractuales tales como el C-377 de 9 de junio de 2020, C-567 de 10 de septiembre de 2020 y C-153 del 2 de junio de 2023 trató el tema de la aplicación de incentivos contractuales en la contratación estatal. Así mismo, se ha pronunciado sobre la capacidad residual y la forma como esta se debe acreditar en los conceptos 2201913000006275 del 27 de agosto y el 20 y 26 del 2 de diciembre de 2019 −radicados Nos., 2201913000009465, 2201913000009642 y 2201913000009640−; así como en los conceptos C–022 del 20 de febrero de 2020, C–089 del 4 de marzo de 2020, C–112 del 16 de marzo del 2020, C–133 del 25 de marzo del 2020, C – 194 de 2020 del 21 de abril de 2020, C–326 del 9 de junio de 2020 y C-446 del 6 de julio de 2020, C-045 del 5 de marzo de 2021, C-003 del 26 de marzo de 2021, C-143 del 9 de abril de 2021 C–202 del 7 de mayo de 2021, C–219 del 19 de mayo de 2021, C–368 del 28 de julio de 2021, C–392 del 5 de agosto de 2021, C–513 del 23 de septiembre de 2021, C–590 del 12 de octubre de 2021, C-068 del 9 de marzo de 2022, C-220 del 22 de abril de 2022, C-306 de 16 de mayo de 2022, C-351 de 23 de mayo de 2022, C-392 del 16 de junio de 2022, C-402 del 28 de junio de 2022, C-463 del 19 de julio de 2022, C-615 del 19 de agosto de 2022 y C-107 del 28 de febrero de 2023. En lo pertinente, las tesis desarrolladas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementa con algunas ideas relativas a la consulta realizada.

**2.1. Desarrollo normativo de los incentivos en procesos de contratación estatal para favorecer a personas con discapacidad**

Con el propósito de hacer posible la igualdad material y efectiva de las personas en condición de discapacidad, el legislador expidió la Ley 1618 de 2013. Esta norma establece disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las mencionadas personas, mediante la adopción de medidas de equidad y de acciones afirmativas que promuevan su inclusión en diferentes ámbitos de la economía y la sociedad.

Como expresión de la finalidad antes enunciada y en aras de garantizar el derecho al trabajo en términos de igualdad material de oportunidades para las personas en condición de discapacidad, el artículo 13 de Ley 1618 de 2013 estableció acciones afirmativas en el marco del sistema de compras públicas. Adicionalmente, ordenó al Gobierno Nacional expedir el decreto reglamentario que determinara una puntuación adicional y un sistema de preferencias en los procesos de contratación estatal. El artículo en mención prescribe lo siguiente:

“Artículo 13. Derecho al trabajo. Todas las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, en términos de igualdad de oportunidades, equidad e inclusión, en concordancia con el artículo 27 de la Ley 1346 de 2009, el Ministerio de Trabajo o quien haga sus veces y demás entidades competentes establecerán entre otras, las siguientes medidas:

1. El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación o de quienes hagan sus veces, expedirá el decreto reglamentario que establezca una puntuación adicional en los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa, para las empresas que en su planta de personal tengan personas con discapacidad contratadas con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas, y para las empresas de personas con discapacidad, familiares y tutores.

[…]

8. Los gobiernos nacional, departamentales, distritales y municipales, deberán fijar mediante decreto reglamentario, en los procesos de selección de los contratistas y proveedores, un sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad”.

En cumplimiento de lo anterior, el Gobierno Nacional, ejerciendo su facultad reglamentaria, expidió el Decreto 392 del 2018, “Por el cual se reglamentan los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, sobre incentivos en Procesos de Contratación en favor de personas con discapacidad”. Este Decreto adicionó el artículo 2.2.1.2.4.6 al Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, estableciendo un puntaje adicional del uno por ciento (1%) para proponentes en los procesos de licitaciones públicas y concurso de méritos que tuvieran vinculados a trabajadores con discapacidad, de acuerdo con los requisitos previstos en el mismo. Dicha norma señala:

“Artículo 2.2.1.2.4.2.6. Puntaje adicional para proponentes con trabajadores con discapacidad. En los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, para incentivar el sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad, las entidades estatales deberán otorgar el uno por ciento (1%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones, a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en su planta de personal, de acuerdo con los siguientes requisitos:

1. La persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda, certificará el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o sus integrantes a la fecha de cierre del proceso de selección.

2. Acreditar el número mínimo de personas con discapacidad en su planta de personal, de conformidad con lo señalado en el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo, el cual deberá estar vigente a la fecha de cierre del proceso de selección. Verificados los anteriores requisitos, se asignará el 1%, a quienes acrediten el número mínimo de trabajadores con discapacidad, señalados a continuación:

|  |  |
| --- | --- |
| **Número total de trabajadores de la planta de personal del proponente** | **Número mínimo de trabajadores con discapacidad exigido** |
| Entre 1 y 30  | 1  |
| Entre 31 y 100  | 2  |
| Entre 101 y 150  | 3  |
| Entre 151 y 200  | 4  |
| Más de 200  | 5  |

Parágrafo. Para efectos de lo señalado en el presente artículo, si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, se tendrá en cuenta la planta de personal del integrante del proponente plural que aporte como mínimo el cuarenta por ciento (40%) de la experiencia requerida para la respectiva contratación”.

La normativa antes mencionada determinó que en los referidos procesos se otorgaría el uno por ciento (1%) de los puntos establecidos en el pliego de condiciones a aquellos proponentes que acreditaran: i) el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal; y, ii) la vinculación de, por lo menos, el número mínimo exigido de trabajadores con discapacidad.

**2.2. Acreditación para obtener el puntaje de vinculación de trabajadores con discapacidad**

Delimitado el marco normativo que regula el incentivo contractual otorgable a los oferentes que emplean en su planta de trabajadores a personas con discapacidad, es necesario examinar cuáles son las condiciones que los proponentes u oferentes deben cumplir para acceder a los estímulos estudiados.

Como se mencionó en el acápite anterior, el Decreto 392 de 2018 prescribe que, para alcanzar los incentivos por vinculación de personas con discapacidad, el proponente debe certificar el número total de trabajadores de su planta de personal y el número total de trabajadores con discapacidad pertenecientes a esta. Con esa finalidad, es necesario atender a las características de cada participante para determinar los mecanismos para acreditación de estos requisitos.

En primer lugar, la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o su revisor fiscal, según el caso, deberá expedir un certificado en el que debe constar el número de trabajadores vinculados a la planta de personal al momento en que cierre el proceso de selección. Por su parte, cuando se trate de *proponentes plurales*, esto es, consorcio o unión temporal, la acreditación de requisito corresponderá a los integrantes en la forma antes enunciada. Por ende, deben certificar el número de trabajadores vinculados a la planta de personal, según se trate de persona natural o persona jurídica. En segundo lugar, para acreditar que se cumple con el número mínimo de trabajadores con discapacidad exigido, se empleará un certificado expedido por el Ministerio de Trabajo, el cual debe estar vigente al cierre del respectivo proceso.

Se precisa que ambos certificados son necesarios, pues acreditan requisitos diferentes: el certificado emitido por el proponente relaciona el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal hasta la fecha del cierre del proceso; mientras que en el certificado emitido por el Ministerio de Trabajo se acredita el número de personas con discapacidad. Esto permitirá, conjuntamente, determinar si se cumple con el rango necesario que habilite al proponente a acceder al beneficio.

Ahora bien, el parágrafo del artículo 2.2.1.2.4.6 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo primero del Decreto 392 de 2018, condicionó la postulación de los proponentes plurales. Para que la oferta presentada por proponentes plurales obtenga el puntaje adicional por vinculación de trabajadores con discapacidad, deberá tomarse en cuenta la acreditación del integrante que aporte como mínimo el cuarenta por ciento (40%) de la experiencia requerida en el proceso de contratación. Para tal efecto, esta Subdirección ya ha mencionado en anteriores oportunidades que:

“[…] cuando el numeral 1 señala “la planta de personal del proponente o sus integrantes”, esta debe ser entendida de acuerdo con el tipo de proponente que se presente al proceso de selección. Así, “proponente” se refiere tanto a las personas naturales o jurídicas que se presentan individualmente, como a las estructuras plurales, trátese de consorcio o unión temporal. De allí que la expresión “o sus integrantes”, califica el proponente y se refiere, exclusivamente, a los integrantes de las estructuras plurales enunciadas”.[[2]](#footnote-3)

Por lo anterior es necesario tener en cuenta que esta condición es propia de la persona que pretende acreditar la obtención del puntaje de acuerdo con su naturaleza jurídica. En efecto, cuando el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015 se refiere a “la planta de personal del proponente o sus integrantes”, esta expresión debe entenderse de acuerdo con el tipo de oferente. Así, la expresión “proponente” se refiere a las personas naturales o jurídicas que se presentan individual o colectivamente, en este último caso con independencia de que formen un consorcio, una unión temporal o suscriban una promesa de sociedad futura. De allí que la expresión “o sus integrantes”, califica el oferente y se refiere también a los integrantes de las estructuras plurales mencionadas.

La forma de asignar el puntaje por vinculación de trabajadores en condición de discapacidad se establece como factor de calificación adicional a los criterios económicos y técnicos fijados por la entidad en los pliegos de condiciones. Por lo tanto, cuando el proponente acredite que en la planta de personal de la empresa tiene contratadas personas con discapacidad y presente los documentos respectivos para acreditar tal condición, el órgano que dirige el procedimiento de selección deberá realizar una operación aritmética sobre el valor total de los puntos establecidos como factores de calificación para verificar qué resultado corresponde al 1%, puntaje que deberá otorgar al oferente como incentivo por acreditar la condición de su equipo de trabajo en estado de discapacidad en los términos del reglamento.

Ahora bien, de conformidad con la consulta planteada, al revisar el artículo 1 del Decreto 392 de 2018, que enuncia los requisitos para acceder al puntaje adicional por vincular personal en condición de discapacidad, se observa que el deber que impone la norma a las entidades, de otorgar el 1% del total de puntos del procedimiento contractual, se dirige a los proponentes que acrediten los requisitos allí señalados. La palabra “proponente” debe interpretarse de conformidad con la Ley 80 de 1993 que, en el artículo 6, señala quiénes tienen capacidad para contratar, esto es, las personas con capacidad jurídica, sean nacionales o extranjeras[[3]](#footnote-4). Lo anterior es congruente con el artículo 4 de la Ley 1618 de 2019 que incorpora los tratados sobre personas con discapacidad ratificados por Colombia, impidiendo que se restrinjan sus derechos en la legislación nacional o internacional, por lo cual no es posible interpretar que lo dispuesto en el Decreto 392 de 2018 excluya a proponentes extranjeros sin sucursal en Colombia y con planta de personal extranjera[[4]](#footnote-5).

De esta manera, los proponentes, sin importar su nacionalidad, pueden acceder al puntaje adicional que reguló la Ley 1618 de 2013, reglamentado por el Decreto 392 de 2018, siempre que acrediten lo exigido allí, puesto que la norma no excluye el cumplimiento de los requisitos en razón a que el proponente sea nacional o extranjero, sino que, en general, se dirige a los proponentes que son aquellos que la Ley 80 de 1993 señala como personas con capacidad para contratar con entidades.

Así, los proponentes extranjeros sin sucursal en Colombia están incluidos en la disposición del Decreto 392 de 2018, cuando se refiere a los “proponentes”, ya que la norma no distinguió respecto de la nacionalidad para exigir los requisitos señalados allí, es decir, el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo. Por ende, teniendo en cuenta la capacidad jurídica de los proponentes extranjeros, con o sin sucursal en Colombia, ya que la Ley 80 de 1993 no los distingue sino que le otorga capacidad al proponente extranjero, independientemente del asiento permanente de negocios en el país, ellos pueden contratar con el Estado y acceder al puntaje por vincular personal en condición de discapacidad, si aportan el certificado suscrito por la persona natural, por el representante legal de la persona jurídica o por el revisor fiscal del proponente o integrante que pretenda acreditar esta condición, acompañado del certificado expedido por el Ministerio de Trabajo.

Sobre el contenido del certificado que expide el Ministerio de Trabajo, el Decreto 392 de 2018 señala que versa sobre la planta de personal del proponente, que debe reflejar la vinculación de trabajadores con discapacidad. Nuevamente, la norma no cualifica la planta de personal según su nacionalidad, sino porque la mención que hace es amplia, sin importar si es nacional o extranjera, siempre que cumpla con el número mínimo de trabajadores en condición de discapacidad, lo cual depende del tamaño de la planta de personal, pero no de su nacionalidad, por lo cual es posible que la planta de personal sea extranjera.

Así, siendo el Ministerio de Trabajo la entidad a quien el Decreto 392 de 2018 le asignó la competencia para expedir el certificado, respecto de la planta de personal del proponente que busca obtener el puntaje adicional vinculando personal en condición de discapacidad, en la cantidad señalada en la misma norma, dicha entidad es la competente para dar las directrices respecto de las condiciones que debe informar el proponente, con el fin de que se elabore y entregue el certificado, que, como se mencionó, contendrá la información aportada por el interesado, sin que el Decreto haya excluido a proponentes extranjeros sin sucursal en Colombia o plantas de personal extranjeras.

En todo caso, las anteriores precisiones, sobre el acceso al puntaje adicional que reguló la Ley 1618 de 2013 y reglamentó el Decreto 392 de 2018, por parte de los proponentes extranjeros con o sin sucursal en Colombia no se pueden analizar de manera aislada de los efectos de la ley en el espacio y el lugar en donde se ejecutarán las obligaciones, estos aspectos deben observarse para acceder a los incentivos por vinculación de personas con discapacidad y atendiendo a la capacidad jurídica del proponente extranjero.

 **2.3. Capacidad residual en procesos de contratación de obra pública**

La capacidad residual es una aptitud que se exige a los oferentes en los procesos de selección contractual con el objetivo de establecer o determinar si éstos pueden o no cumplir de manera oportuna y a cabalidad con las obligaciones derivadas del contrato de obra pública, sin que los demás compromisos contractuales que hubieran adquirido afecten su capacidad para cumplir con el objeto del contrato que está en proceso de selección[[5]](#footnote-6). 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”[[6]](#footnote-7).

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Agencia ha considerado 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 ha adquirido simultáneamente en contratos ya perfeccionados y en ejecución.

Al respecto, la Ley 1150 de 2007 establece que la capacidad residual 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:

“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.”

A su turno, el artículo 72 de la Ley 1682 de 2013, por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte, establece que la “capacidad residual de contratación cuando se realicen contratos de obra pública se obtendrá de sustraer de la capacidad de contratación, el saldo del valor de los contratos en ejecución”. La “capacidad de contratación”, según se lee en la misma disposición, “[…] se deberá calcular mediante la evaluación de los siguientes factores: Experiencia (E), Capacidad Financiera (CF), Capacidad Técnica (CT), y Capacidad de Organización (CO)”.

Por su parte, el artículo 2.2.1.1.1.6.4 del Decreto 1082 de 2015 dispuso que las entidades estatales deben calcular la capacidad residual conforme a la metodología definida por Colombia Compra 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 Organización (CO), y los saldos de los contratos en ejecución (SCE).”

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, claro está, 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.

Ahora bien, para lo primero, esto es, para establecer la capacidad residual del proceso de contratación “CRPC”, se debe determinar si el plazo del contrato es superior a doce meses. Si no lo es, la CRPC equivale al presupuesto oficial estimado del Proceso de Contratación menos el anticipo o pago anticipado cuando haya lugar. Si lo es, equivale a la proporción lineal de 12 meses del presupuesto oficial estimado menos el anticipo o pago anticipado.

Para lo segundo, es decir, para verificar que cada proponente cumple con la CRPC, la entidad pública debe verificar que la capacidad residual del proponente “CRP” sea igual o superior a la capacidad referida en el párrafo precedente. De todas formas, previamente debe establecer la CRP, con fundamento en los siguientes factores: i) experiencia “E”; ii) capacidad financiera “CF”; iii) capacidad técnica “CT”, iv) capacidad de organización “CO”; y v) los saldos de los contratos en ejecución “SCE”, según la siguiente fórmula:



A cada uno de estos factores se les debe asignar el siguiente puntaje máximo: i) “E” 120; ii) “CF” 40; y iii) “CT” 40. La “CO” no tiene asignación de puntaje en la fórmula, por un lado, porque su unidad de medida es en pesos colombianos “COP” y, por el otro, debido a que el mismo constituye un factor multiplicador de los demás factores en la fórmula. A continuación, se explicará, en términos generales, cómo calcular cada factor:

1. *Capacidad financiera.* Se mide por el “índice de liquidez” y este, a su vez, corresponde al resultado de dividir el “activo corriente” sobre el “pasivo corriente”. El resultado puede ser calificado entre 20 y cuarenta puntos, según se explica en la Guía.
2. *Capacidad técnica*. Se determina teniendo en cuenta el número de socios y profesionales de la arquitectura, ingeniería y geología vinculados mediante una relación laboral o contractual. El puntaje a asignar, según la Guía, oscila entre 20 y 40 puntos. Para tales fines, se aclara, el proponente debe diligenciar el Anexo 2 de la “Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública” −este es diferente al Anexo 2 de los Documentos Tipo−.
3. *Capacidad de organización*. Corresponde a los ingresos operacionales, según el siguiente cuadro:

|  |  |
| --- | --- |
| **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 |

1. *Saldos de los contratos en ejecución*. Debe hacerse linealmente y calculando una “ejecución diaria equivalente al valor del contrato dividido por el plazo del contrato expresado en días”. El resultado obtenido se debe multiplicar por el número de días pendientes para cumplir el plazo del contrato. Si el número de días por ejecutar un contrato es superior a 360 días, solo se tendrá en cuenta la proporción lineal de 12 meses.
2. *Experiencia*. Para los efectos de la capacidad residual −no para la experiencia general que debe acreditar el contratista según la Matriz 1−, corresponde de un lado, a la relación entre “el valor total en pesos de los contratos relacionados con la actividad de la construcción inscritos por el proponente en el Registro Único de Proponentes “RUP” en el segmento 72 […] del Clasificador de Bienes y Servicios”, y del otro, al presupuesto oficial estimado del Proceso de Contratación. La relación indica el número de veces que el proponente ha ejecutado contratos equivalentes a la cuantía del proceso de contratación.

En este contexto, resulta oportuno precisar que, si bien es cierto la entidad estatal es la que debe calcular la capacidad residual de los proponentes, también lo es que estos últimos, como se referenció, tienen la carga de aportar los documentos para acreditar su capacidad residual[[7]](#footnote-8).

**2.4. Saldos pendientes provenientes de los contratos en ejecución**

Esta Agencia ha manifestado en anteriores oportunidades que los contratos en ejecución son aquellos que, a la fecha de presentación de la oferta, obligan al proponente con entidades estatales y con entidades privadas para ejecutar obras públicas, 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. Es decir, los saldos pendientes se derivan de las obligaciones que se encuentran en ejecución al momento de la presentación de la oferta. A este respecto, no se entenderán como contratos en ejecución los que se encuentren en liquidación. Teniendo en cuenta que los contratos en ejecución son aquellos que a la fecha de presentación de la oferta obligan al proponente, se aclara que deben tenerse en cuenta los contratos sin acta de inicio, pues el criterio determinante para establecer si un contrato se encuentra en ejecución no lo determina el acta de inicio, sino que el mismo obligue al proponente[[8]](#footnote-9).

En este sentido, la “Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública*”* define los *Contratos en ejecución* de la siguiente manera:

“Son los contratos que a la fecha de presentación de la oferta obligan al proponente con Entidades Estatales y con entidades privadas para ejecutar obras civiles, incluyendo la ejecución de obras civiles en los contratos de concesión y los contratos de obra suscritos con concesionarios, incluyendo los contratos suspendidos y aquellos que no tengan acta de inicio. No se entenderán como contratos en ejecución los que se encuentren en liquidación. (Subrayas fuera del texto)[[9]](#footnote-10).”

Como se observa, los saldos pendientes por ejecutar de los contratos suspendidos constituyen información que interesa para el cálculo del factor (SCE) “Saldos contratos en ejecución”. Al respecto debe mencionarse que si bien la suspensión de los contratos estatales no es una institución regulada explícitamente en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, los saldos de los contratos pendientes por ejecutar de los contratos afectados por una suspensión constituyen, también, información relevante para calcular la capacidad residual del proponente (CRP).

Para acreditar el factor (SCE) “Saldos contratos en ejecución”, como lo establece la Guía para determinar y verificar la Capacidad Residual del proponente en los procesos de contratación de obra pública, el proponente debe presentar la lista de Contratos en ejecución, tanto a nivel nacional como internacional, señalando i) el valor del contrato; ii) el plazo del contrato en meses; iii) la fecha de inicio de las obras objeto del contrato, día, mes, año; iv) si la obra la ejecuta un consorcio, unión temporal o sociedad de propósito especial, junto con el porcentaje de participación del oferente que presenta el certificado; v) si el contrato se encuentra suspendido, y si es así, la fecha de suspensión. Si el proponente no tiene contratos en ejecución, en el certificado debe constar expresamente esa circunstancia.

 En efecto, su relevancia surge en la medida en que la ejecución de los contratos en principio suspendidos puede, eventualmente, afectar la aptitud del oferente para cumplir con el contrato ofertado, razón por la que, ante la posibilidad de que tales contratos se reanuden, se ha estimado necesario evaluar los saldos pendientes por ejecutar de tales contratos para determinar si el proponente cumple con la capacidad residual requerida. Conforme a esto, en virtud de la competencia otorgada a esta Agencia por el artículo 2.2.1.1.1.6.4 del Decreto 1082 de 2015 para determinar la metodología para el cálculo de la capacidad residual, en el marco de la expedición de la guía mencionada, incluyó el saldo pendiente por ejecutar de los contratos suspendidos dentro del factor (SCE) “Saldos contratos en ejecución” en los términos antes precisados.

Por último, frente al cálculo de la capacidad residual de los proponentes extranjeros con asiento permanente de negocios en Colombia debe observarse el factor territorial, así como el lugar en donde se vayan a ejecutar las obligaciones del contrato. En todo caso, en lo que al proponente extranjero sin sucursal en Colombia respecta, la “Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública”, en el capítulo 5 refiere lo siguiente:

“Los proponentes extranjeros sin sucursal en Colombia deben acreditar los factores de ponderación para el cálculo de la Capacidad Residual de la siguiente forma:

**Capacidad de organización y financiera**: deben presentar sus estados financieros en la moneda legal del país en el cual fueron emitidos y adicionalmente en pesos colombianos. El proponente y la Entidad Estatal para efectos de acreditar y verificar los requisitos tendrán en cuenta la tasa representativa del mercado vigente en la fecha en la cual los estados financieros fueron expedidos. Para el efecto, el proponente y la Entidad Estatal tendrán en cuenta las tasas de cambio certificadas por la Superintendencia Financiera.

**Experiencia**: deben presentar el formato que hace parte de la presente Guía como anexo, suscrito por el representante legal y revisor fiscal o contador del proponente. El proponente debe aportar copia de los contratos ejecutados o certificaciones de terceros que hubieran recibido los servicios de construcción de obras civiles con terceros, bien sean públicos o privados.

Los proponentes extranjeros que de acuerdo con las normas aplicables aprueben sus estados financieros auditados con corte a 31 de diciembre en una fecha posterior al quinto día hábil del mes de abril, pueden presentar sus estados financieros a 31 de diciembre suscritos por el representante legal junto con un pre-informe de auditoría en el cual el auditor o el revisor fiscal certifique que: (a) la información financiera presentada a la Entidad Estatal es la entregada al auditor o revisor fiscal para cumplir su función de auditoría; y (b) el proponente en forma regular y para ejercicios contables anteriores ha adoptado normas y principios de contabilidad generalmente aceptados para preparar su información y estados financieros. Esta disposición también es aplicable para la información que el proponente en estas condiciones debe presentar para inscribirse en el RUP de acuerdo con el artículo 9 del Decreto 1082 de 2015.”

En todo caso, corresponde a cada entidad pública, en ejercicio de su competencia y previa valoración de los elementos fácticos y jurídicos, determinar si es procedente o no el puntaje adicional por acreditar personal en situación de discapacidad en cada caso concreto, así como la certera acreditación de cada uno de los componentes de la capacidad residual en los procesos de contratación pública. Lo anterior en razón a que, al tratarse de un análisis que se debe realizar en cada caso concreto, la Agencia, por vía consultiva, no puede definir un criterio universal y absoluto, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad.

**3. Respuesta**

“¿para establecer el número mínimo de trabajadores con discapacidad exigido para ser acreedor del puntaje mencionado en el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015 se debe tener en cuenta el número de trabajadores de la matriz extranjera o únicamente los de la sucursal? ¿para acreditar el puntaje mencionado en el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015 se deben tener en cuenta los trabajadores en situación de discapacidad de la casa matriz extranjera?”

Conforme a lo expuesto en las consideraciones, para obtener el puntaje adicional por acreditar personal en situación de discapacidad se debe aplicar lo previsto en el Decreto 392 de 2018, que establece los siguientes requisitos: i) presentarse el certificado firmado por la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal del proponente o integrante que pretenda acreditar esta condición; y ii) acreditar el número mínimo de personas con discapacidad en su planta de personal, de conformidad con lo señalado en el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo.

Ahora bien, al revisar el artículo 1 del Decreto 392 de 2018, que enuncia los requisitos para acceder al puntaje adicional por vincular personal en condición de discapacidad, se observa que el deber que impone la norma a las entidades, de otorgar el 1% del total de puntos del procedimiento contractual, se dirige a los proponentes que acrediten los requisitos allí señalados. La palabra “proponente” debe interpretarse de conformidad con la Ley 80 de 1993 que, en el artículo 6, señala quiénes tienen capacidad para contratar, esto es, las personas con capacidad jurídica sean nacionales o extranjeras[[10]](#footnote-11). Lo anterior es congruente con el artículo 4 de la Ley 1618 de 2019 que incorpora los tratados sobre personas con discapacidad ratificados por Colombia, impidiendo que se restrinjan sus derechos en la legislación nacional o internacional, por lo cual no es posible interpretar que lo dispuesto en el Decreto 392 de 2018 excluya a proponentes extranjeros sin sucursal en Colombia y con planta de personal extranjera.

De esta manera, los proponentes, sin importar su nacionalidad, pueden acceder al puntaje adicional que reguló la Ley 1618 de 2013, reglamentado por el Decreto 392 de 2018, siempre que acrediten lo exigido allí, puesto que la norma no excluye el cumplimiento de los requisitos en razón a que el proponente sea nacional o extranjero, sino que, en general, se dirige a los proponentes que son aquellos que la Ley 80 de 1993 señala como personas con capacidad para contratar con entidades.

Así, los proponentes extranjeros sin sucursal en Colombia están incluidos en la disposición del Decreto 392 de 2018, cuando se refiere a los “proponentes”, ya que la norma no distinguió respecto de la nacionalidad para exigir los requisitos señalados allí, es decir, el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo. Por ende, teniendo en cuenta la capacidad jurídica de los proponentes extranjeros, con o sin sucursal en Colombia, ya que la Ley 80 de 1993 no los distingue sino que le otorga capacidad al proponente extranjero, independientemente del asiento permanente de negocios en el país, ellos pueden contratar con el Estado y acceder al puntaje por vincular personal en condición de discapacidad, si aportan el certificado suscrito por la persona natural, por el representante legal de la persona jurídica o por el revisor fiscal del proponente o integrante que pretenda acreditar esta condición, acompañado del certificado expedido por el Ministerio de Trabajo.

Sobre el contenido del certificado que expide el Ministerio de Trabajo, el Decreto 392 de 2018 señala que versa sobre la planta de personal del proponente, que debe reflejar la vinculación de trabajadores con discapacidad. Nuevamente, la norma no cualifica la planta de personal según su nacionalidad, sino porque la mención que hace es amplia, sin importar si es nacional o extranjera, siempre que cumpla con el número mínimo de trabajadores en condición de discapacidad, lo cual depende del tamaño de la planta de personal, pero no de su nacionalidad**,** por lo cual es posible que la planta de personal sea extranjera.

Así pues, siendo el Ministerio de Trabajo la entidad a quien el Decreto 392 de 2018 le asignó la competencia para expedir el certificado, respecto de la planta de personal del proponente que busca obtener el puntaje adicional vinculando personal en condición de discapacidad, en la cantidad señalada en la misma norma, dicha entidad es la competente para dar las directrices respecto de las condiciones que debe informar el proponente, con el fin de que se elabore y entregue el certificado, que, como se mencionó, contendrá la información aportada por el interesado, sin que el Decreto haya excluido a proponentes extranjeros sin sucursal en Colombia o plantas de personal extranjeras.

En todo caso, las anteriores precisiones, sobre el acceso al puntaje adicional que reguló la Ley 1618 de 2013 y reglamentó el Decreto 392 de 2018, por parte de los proponentes extranjeros con o sin sucursal en Colombia no se pueden analizar de manera aislada de los efectos de la ley en el espacio y el lugar en donde se ejecutarán las obligaciones, estos aspectos deben observarse para acceder a los incentivos por vinculación de personas con discapacidad y en armonía con la capacidad jurídica del proponente extranjero ya sea que tenga sucursal o no en Colombia.

“Por otro lado, en el caso de las sucursales con matriz extranjera ¿cómo se deben acreditar cada uno de los componentes de la capacidad residual en los procesos de contratación pública? ¿es posible tomar la capacidad técnica, financiera y experiencia de la casa matriz extranjera o únicamente la de la sucursal colombiana? ¿los saldos de los contratos en ejecución deben ser los que están siendo ejecutados por la matriz extranjera o únicamente los ejecutados por la sucursal colombiana?”

La capacidad residual es una aptitud que se exige a los oferentes en los procesos de selección contractual con el objetivo de establecer o determinar si éstos pueden o no cumplir de manera oportuna y a cabalidad con las obligaciones derivadas del contrato de obra pública, sin que los demás compromisos contractuales que hubieran adquirido afecten su capacidad para cumplir con el objeto del contrato que está en proceso de selección[[11]](#footnote-12). 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”[[12]](#footnote-13).

 De igual forma, como se analizó en la parte considerativa, el artículo 72 de la Ley 1682 de 2013, por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte, establece que la “capacidad residual de contratación cuando se realicen contratos de obra pública se obtendrá de sustraer de la capacidad de contratación, el saldo del valor de los contratos en ejecución”. La “capacidad de contratación”, según se lee en la misma disposición, “[…] se deberá calcular mediante la evaluación de los siguientes factores: Experiencia (E), Capacidad Financiera (CF), Capacidad Técnica (CT), y Capacidad de Organización (CO)”.

Ahora bien, para acreditar el factor (SCE) “Saldos contratos en ejecución”, como lo establece la Guía para determinar y verificar la Capacidad Residual del proponente en los procesos de contratación de obra pública, el proponente debe presentar la lista de Contratos en ejecución, tanto a nivel nacional como internacional, señalando i) el valor del contrato; ii) el plazo del contrato en meses; iii) la fecha de inicio de las obras objeto del contrato, día, mes, año; iv) si la obra la ejecuta un consorcio, unión temporal o sociedad de propósito especial, junto con el porcentaje de participación del oferente que presenta el certificado; v) si el contrato se encuentra suspendido, y si es así, la fecha de suspensión. Si el proponente no tiene contratos en ejecución, en el certificado debe constar expresamente esa circunstancia.

Por último, frente al cálculo de la capacidad residual de los proponentes extranjeros con asiento permanente de negocios en Colombia debe observarse el factor territorial, así como el lugar en donde se vayan a ejecutar las obligaciones del contrato. En todo caso, en lo que al proponente extranjero sin sucursal en Colombia respecta, la “Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública”, en el capítulo 5 refiere lo siguiente:

“Los proponentes extranjeros sin sucursal en Colombia deben acreditar los factores de ponderación para el cálculo de la Capacidad Residual de la siguiente forma:

**Capacidad de organización y financiera**: deben presentar sus estados financieros en la moneda legal del país en el cual fueron emitidos y adicionalmente en pesos colombianos. El proponente y la Entidad Estatal para efectos de acreditar y verificar los requisitos tendrán en cuenta la tasa representativa del mercado vigente en la fecha en la cual los estados financieros fueron expedidos. Para el efecto, el proponente y la Entidad Estatal tendrán en cuenta las tasas de cambio certificadas por la Superintendencia Financiera.

**Experiencia**: deben presentar el formato que hace parte de la presente Guía como anexo, suscrito por el representante legal y revisor fiscal o contador del proponente. El proponente debe aportar copia de los contratos ejecutados o certificaciones de terceros que hubieran recibido los servicios de construcción de obras civiles con terceros, bien sean públicos o privados.

Los proponentes extranjeros que de acuerdo con las normas aplicables aprueben sus estados financieros auditados con corte a 31 de diciembre en una fecha posterior al quinto día hábil del mes de abril, pueden presentar sus estados financieros a 31 de diciembre suscritos por el representante legal junto con un pre-informe de auditoría en el cual el auditor o el revisor fiscal certifique que: (a) la información financiera presentada a la Entidad Estatal es la entregada al auditor o revisor fiscal para cumplir su función de auditoría; y (b) el proponente en forma regular y para ejercicios contables anteriores ha adoptado normas y principios de contabilidad generalmente aceptados para preparar su información y estados financieros. Esta disposición también es aplicable para la información que el proponente en estas condiciones debe presentar para inscribirse en el RUP de acuerdo con el artículo 9 del Decreto 1082 de 2015.”

En todo caso, corresponde a cada entidad pública, en ejercicio de su competencia y previa valoración de los elementos fácticos y jurídicos, determinar si es procedente o no el puntaje adicional por acreditar personal en situación de discapacidad en cada caso concreto, así como la certera acreditación de cada uno de los componentes de la capacidad residual en los procesos de contratación pública. Lo anterior en razón a que, al tratarse de un análisis que se debe realizar en cada caso concreto, la Agencia, por vía consultiva, no puede definir un criterio universal y absoluto, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Gabriel Alejandro Murcia TaboadaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Diana Carolina Armenta Celis Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE  |

1. “Artículo 3°. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

“[...]

“5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”.

“Artículo 11. Subdirección de Gestión Contractual. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual las siguientes:

“[...]

“8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”. [↑](#footnote-ref-2)
2. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, Concepto C – 629 de 2020. [↑](#footnote-ref-3)
3. Ley 80 de 1993: “Artículo 6. De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

“Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más”. [↑](#footnote-ref-4)
4. Ley 1618 de 2013: “Artículo 4. Dimensión normativa. La presente ley se complementa con los pactos, convenios y convenciones internacionales sobre derechos humanos relativos a las Personas con Discapacidad, aprobados y ratificados por Colombia.

“En ningún caso, por implementación de esta norma podrán restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en favor de las personas con discapacidad, en la legislación interna o de convenciones internacionales”. [↑](#footnote-ref-5)
5. 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-6)
6. Consejo de Estado. Sección Tercera. Providencia del 26 de junio de 2003. Exp. 13.354. [↑](#footnote-ref-7)
7. 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-8)
8. Concepto con Radicado No. 215130008786 [↑](#footnote-ref-9)
9. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública. 2017. Pág 4. Disponible en: [https://colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_guia\_capacidad\_residual.pdf](https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_capacidad_residual.pdf%20) [↑](#footnote-ref-10)
10. Ley 80 de 1993: “Artículo 6. De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

“Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más”. [↑](#footnote-ref-11)
11. 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-12)
12. Consejo de Estado. Sección Tercera. Providencia del 26 de junio de 2003. Exp. 13.354. [↑](#footnote-ref-13)