**CCE-DES-FM-17**

**DOCUMENTOS TIPO – Capacidad residual – Subsanabilidad**

En el caso de la capacidad residual, el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 lo reconoce como un requisito habilitante, al establecer que «para poder participar en los procesos de selección de los contratos de obra, 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» y, además, el «Documento Base o Pliego Tipo», de igual forma lo reconoce como un requisito habilitante, al indicar que «el Proponente será hábil si la capacidad residual del Proponente (CRP) es mayor o igual a la capacidad residual de Proceso de Contratación». En este sentido, como la capacidad residual es un requisito habilitante que no otorga puntaje es susceptible de subsanarse por parte de los proponentes.

**CONTRATO ESTATAL – Requisitos perfeccionamiento – Requisitos ejecución – Diferencia**

El Consejo de Estado aclaró la diferencia entre el perfeccionamiento y la ejecución del contrato, de la siguiente manera:

La Sala concluyó y ahora se reitera que i) la existencia del contrato no difiere de la perfección, esto es cumplidos los elementos esenciales que dan lugar al contrato no queda sino aceptar la relación jurídico contractual; ii) por virtud de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 el contrato estatal existe, esto es, “se perfecciona” cuando “se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”; iii) es ejecutable cuando se cumplen las condiciones previstas en el inciso segundo del artículo 41 de la ley, interpretado en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, Decreto Ley 111 de 1996 y iv) el requisito relativo al registro presupuestal no es una condición de existencia del contrato estatal, es un requisito de ejecución.

**DOCUMENTOS TIPO­ – Versión 2 – Capacidad residual – Capacidad organizacional – Estados financieros**

De acuerdo con lo afirmado previamente, para acreditar la capacidad organizacional solo se requerirá aportar el balance general debidamente firmado por el interesado o su representante legal y el revisor fiscal si está obligado a tenerlo, o el auditor o contador si no está obligado a tener revisor fiscal y la copia de la tarjeta profesional y certificado de antecedentes disciplinarios vigentes de los contadores públicos, revisores fiscales, contadores independientes –externos–, quienes suscribieron los documentos señalados en el presente literal.

En este sentido, las entidades no podrán exigir que el balance general esté certificado o dictaminado porque: i) el numeral 3 del artículo 2.2.1.1.1.6.4 del Decreto 1082 de 2015 no exige este requisito y ii) la Ley 49 de 1990 prevé que los balances generales firmados por el contador se presumen que se han tomado fielmente de los libros y que las cifras registradas en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera en la fecha del balance.

Bogotá D.C., **13/07/2020 Hora 19:14:44s**

**N° Radicado: 2202013000006219**

Señora

**María Juliana Pérez**

Ciudad

**Concepto C – 461 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | DOCUMENTOS TIPO – Capacidad residual – Subsanabilidad / CONTRATO ESTATAL – Requisitos de perfeccionamiento y ejecución – Diferencia / DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Capacidad residual – Capacidad organizacional – Estados financieros |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta 4202013000005474  |

Estimada señora Pérez:

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 30 de junio de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas: i) ¿qué sucede cuando se relacionan los contratos en ejecución, de acuerdo con lo exigido en el pliego tipo, pero existen errores de fecha, plazo o valor; o cuando no se relacionan los contratos suspendidos?, ii) «De acuerdo a la guía para el cálculo de la capacidad residual, los contratos en ejecución se deben reportar una vez esta suscrito el contrato o al momento de su adjudicación?», iii) «Para una empresa recién constituida que demuestra su información financiera con balances de apertura, es necesario que presente dictamen y certificación de los estados?», iv) «Si un contador o revisor fiscal de algún oferente no ha actualizado el registro, puede ser rechazado el proponente?».

**2. Consideraciones**

**2.1 Subsanabilidad de la capacidad residual**

Teniendo en cuenta que la consulta se realiza en vigencia de la versión 2 de los documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte, las consideraciones que se presentan a continuación están relacionadas con el documento base de esta versión.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente estudió el tema en el concepto No. 4201913000004724 del 21 de agosto de 2019, reiterado y desarrollado en los conceptos No. 4202012000000058 del 13 de marzo de 2020 y 4202013000001073 del 30 de marzo de 2020. La tesis desarrollada se expone a continuación.

El documento base o pliego tipo, en el numeral 3.11, establece como requisito habilitante la capacidad residual, definida por el Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.1.1.3.1., 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 indica que para calcular la capacidad residual de contratación pública se deberán tener en cuenta los factores de experiencia, capacidad financiera, capacidad técnica y capacidad de organización, y, en consecuencia, faculta al Gobierno para reglamentar la materia[[1]](#footnote-1).

Por su parte, el artículo 2.2.1.1.1.1.6.4. del Decreto 1082 de 2015[[2]](#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.

El artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 establece que todas las personas naturales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren celebrar contratos con entidades, deberán estar inscritas en el registro único de proponentes de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal[[3]](#footnote-3). 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 respectivo del RUP donde deberán constar dichas condiciones. En consecuencia, las entidades, en los procedimientos de contratación, no podrán exigir, ni los proponentes aportar, documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción del 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 ̶ RUP ̶ . Con respecto a la acreditación de la capacidad residual, como su acreditación no se realiza conforme al contenido del RUP, las entidades deberán 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 la inscripción en el RUP.

Explicada la normativa que regula la acreditación de la capacidad residual, a continuación se explicará el régimen de subsanabilidad, de acuerdo con lo previsto por la Ley 1882 de 2018, para determinar si es posible que la entidad convocante requiera subsanar información errónea o faltante para el cálculo de la capacidad residual.

El artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 modificó el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, sin embargo, no cambió sustancialmente el sentido original de la Ley 1150 de 2007, porque mantuvo el criterio para determinar si la falta de un documento o la ausencia de un requisito es o no subsanable, lo que depende de si el requisito afecta la asignación de puntaje, por lo que se mantuvo la regla general de que todo es subsanable, salvo los requisitos que inciden en la asignación de puntaje.

Sin perjuicio de lo anterior, introdujo las siguientes modificaciones: i) cambia el término límite en el cual los proponentes pueden subsanar, y ya no será hasta el momento de la adjudicación del proceso sino hasta el traslado del informe de evaluación, salvo lo dispuesto para el proceso de mínima cuantía[[4]](#footnote-4) y para el proceso de selección a través del sistema de subasta[[5]](#footnote-5), ii) establece como causal de rechazo el hecho de que los proponentes no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado, iii) establece que los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, y finalmente, iv) prescribe que la no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de esta[[6]](#footnote-6).

El «Documento Base o Pliego Tipo», en el numeral 1.6, «Reglas de subsanabilidad»[[7]](#footnote-7), reitera lo previsto en el artículo 5 de Ley 1882 de 2018, en el sentido que las entidades deberán solicitar a los proponentes las aclaraciones, precisiones o solicitud de documentos que acreditan requisitos que son subsanables. Además, incluyó que en el evento en que la entidad no advierta la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas y no los haya requerido en el informe de evaluación, podrá requerir al proponente, otorgándole un término igual al establecido para el traslado del informe de evaluación, con el fin de que los allegue.

En el caso de la capacidad residual, el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 lo reconoce como un requisito habilitante, al establecer que «para poder participar en los procesos de selección de los contratos de obra, 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» y, además, el «Documento Base o Pliego Tipo», de igual forma lo reconoce como un requisito habilitante, al indicar que «el Proponente será hábil si la capacidad residual del Proponente (CRP) es mayor o igual a la capacidad residual de Proceso de Contratación». En este sentido, como la capacidad residual es un requisito habilitante que *no otorga puntaje* es susceptible de subsanarse por parte de los proponentes.

Ahora, en virtud del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 las entidades no podrán solicitar documentos que hayan sido incluidos para la inscripción de la información contenida en el RUP. Si bien la capacidad residual, en principio, no se calcula totalmente con la información contenida en el RUP, la entidad deberá verificar si con la información que el proponente presentó para acreditar los requisitos habilitantes de experiencia, capacidad organizacional, financiera y jurídica se puede calcular la capacidad residual. En el evento en que la información aportada para inscribirse en el RUP sea la misma para calcular la capacidad residual del proponente, la entidad no deberá requerir dicha información, toda vez que lo contenido en el RUP es plena prueba.

Por su parte, si la información aportada para inscribirse en el RUP no incluye información que se necesita para calcular la capacidad residual, la entidad podrá solicitarla al proponente para que la aporte a más tardar hasta el término de traslado del informe de evaluación. En todo caso, todos los documentos requeridos para acreditar la capacidad residual son subsanables, por tratarse de un requisito que no otorga puntaje.

**2.2 Contratos en ejecución para determinar la capacidad residual**

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, en el concepto con radicado No. 4201913000006907 del 23 de octubre de 2019, reiterado y desarrollado en los conceptos C-110 de 2020 del 16 de marzo de 2020, C-172 del 6 de abril de 2020 y C-170 del 22 de abril de 2020, estudió los requisitos para perfeccionar y ejecutar el contrato. La tesis desarrollada se expone a continuación:

La Ley 80 de 1993, respecto del principio de economía, que brinda directrices relacionadas con las diferentes etapas de un procedimiento de compra pública, refleja dos aspectos que ocurren en la actividad contractual: i) la apertura del procedimiento y la suscripción del contrato y ii) la ejecución del contrato[[8]](#footnote-8). Por tanto, para cada etapa del procedimiento, la ley prevé requisitos que deben cumplir la entidad y los oferentes o contratistas, según corresponda, con el fin de que mediante la contratación se satisfaga la necesidad que le dio origen.

Para resolver su consulta, hay que analizar el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 sobre los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato[[9]](#footnote-9). El inciso 1 enuncia los requisitos de perfeccionamiento, es decir, i) que exista acuerdo sobre el objeto, el precio, y ii) que conste por escrito. El Consejo de Estado se pronunció sobre la solemnidad del contrato estatal y la imposibilidad de modificarla por voluntad de sus destinatarios:

Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80 de 1993 artículo 41 inciso 4º). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprendidos en esta hipótesis, la solemnidad del escrito se sujeta a la regla general expuesta. No se olvide que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas y por lo tanto inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios. En consecuencia, sus destinatarios, es decir todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar[[10]](#footnote-10).

De esta manera, la existencia y perfeccionamiento del contrato se producen cuando se cumplen los elementos esenciales y de solemnidad, sin que las partes puedan suprimir los requisitos legales para esto, ya que la autonomía de la voluntad no prevalece sobre las normas de orden público. Sin embargo, para establecer la diferencia con los requisitos para la ejecución del contrato, a continuación se expondrán las reglas y la jurisprudencia sobre el tema.

El inciso 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 enuncia los requisitos de ejecución que deben cumplir las partes antes de iniciar la ejecución del contrato: i) la aprobación de las garantías, ii) que el contratista esté al día en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y iii) la existencia de disponibilidad presupuestal [registro presupuestal], salvo que se contrate con recursos de vigencias futuras. Ahora bien, en el marco de la autonomía de la voluntad las partes pueden establecer requisitos adicionales para iniciar la ejecución del contrato, tal es el caso de las actas de inicio, entre otros. El Consejo de Estado aclaró la diferencia entre el perfeccionamiento y la ejecución del contrato, de la siguiente manera:

La Sala concluyó y ahora se reitera que i) la existencia del contrato no difiere de la perfección, esto es cumplidos los elementos esenciales que dan lugar al contrato no queda sino aceptar la relación jurídico contractual; ii) por virtud de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 el contrato estatal existe, esto es, “se perfecciona” cuando “se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”; iii) es ejecutable cuando se cumplen las condiciones previstas en el inciso segundo del artículo 41 de la ley, interpretado en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, Decreto Ley 111 de 1996 y iv) el requisito relativo al registro presupuestal no es una condición de existencia del contrato estatal, es un requisito de ejecución[[11]](#footnote-11).

Se observa que la jurisprudencia asimila los conceptos de existencia y perfeccionamiento del contrato, pero no ocurre lo mismo con la ejecución, puesto que a pesar de estar regulados en la misma norma, se hace una clara diferenciación y se enlistan los requisitos para cada etapa del procedimiento, señalando que tanto la disponibilidad presupuestal, como estar al día con el Sistema de Seguridad Social Integral, como la aprobación de las garantías son propias de la ejecución del contrato.

De esta manera, con la regulación del contrato estatal citada y, particularmente, teniendo en cuenta los requisitos de su perfeccionamiento y ejecución, para el cálculo de la capacidad residual se solicita el listado de contratos en ejecución, lo cual hace referencia a aquellos que cumplieron los requisitos mencionados anteriormente, y que no están relacionados con la suscripción o adjudicación del contrato.

**2.3 Capacidad residual: información financiera requerida para calcular la capacidad organizacional**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente estudió el tema en el concepto No. C – 383 del 23 de junio de 2020. La tesis desarrollada se expone a continuación.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, la capacidad residual es la aptitud de los oferentes para cumplir de manera oportuna y a cabalidad el objeto de un contrato de obra, sin que los demás compromisos contractuales que han adquirido afecten su habilidad de cumplir el objeto del contrato que está en proceso de selección[[12]](#footnote-12). Por su parte, el Consejo de Estado ha definido la capacidad residual como «la diferencia que existe entre el potencial de contratación que se tiene y los compromisos que haya adquirido y que se encuentren en ejecución, para la fecha de presentación de la oferta»[[13]](#footnote-13).

En atención a lo anterior, la capacidad residual hace referencia a la suficiencia que tiene el proponente para asumir nuevas obligaciones que se derivan del contrato objeto del proceso de contratación, en relación con las obligaciones que ya adquirió frente a otros contratos.

El artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 estableció como condición «para poder participar en los procesos de selección de los contratos de obra, la capacidad residual del proponente o K de contratación», y determinó que esta debe ser igual o superior a la que se ha establecido en los pliegos de condiciones, en los siguientes términos:

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

Para establecer la capacidad residual del proponente o K de contratación, se deberán considerar todos los contratos que tenga en ejecución el proponente al momento de presentar la oferta. El desarrollo y ejecución del contrato podrá dar lugar a que los valores que sean cancelados al contratista se consideren para establecer el real K de contratación, en cada oportunidad. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

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

 Definido el alcance del requisito habilitante de capacidad residual en los procesos de contratación, a continuación, se explicará la forma como se reguló este requisito en los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura – Versión 1 y 2. Por tanto, se analizarán los principales cambios referidos a la acreditación de la capacidad organizacional en la nueva versión de los Documentos Tipo de licitación de obra pública.

**a) Acreditación de la capacidad residual – capacidad de organización –CO– en la primera versión de los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte**

En la primera versión de los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, en el numeral 3.10.2, se estableció que para acreditar la capacidad de organización –CO– el proponente debía presentar los siguientes documentos:

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

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

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

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

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

 Por su parte, los proponentes e integrantes extranjeros o sin sucursal en Colombia, deben presentar el estado de resultados integral consolidado –estado de resultados o pérdida o ganancias– del año en que hayan obtenido el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años, auditado, con la firma de quien se encuentre en obligación de hacerlo, de acuerdo con la normativa vigente en el país de origen, en la moneda legal del país en el cual fue emitido, de conformidad con la legislación propia del país de origen y conforme a los lineamientos de Colombia Compra Eficiente.

 Asimismo, indica que adicional a lo anterior, deben allegar la traducción al idioma castellano de la información financiera: i) los valores convertidos a pesos colombianos a la tasa de cambio de la fecha de corte de los mismos, ii) presentados de acuerdo con las normas NIIF, iii) expresados en pesos colombianos, convertidos a la tasa representativa del mercado –TRM– de la fecha de corte de los mismos en los términos descritos en la sección 1.13 del presente pliego de condiciones y iv) debidamente firmados por el Contador Público Colombiano que los hubiere convertido.

**b) Acreditación de la capacidad residual – capacidad de organización –CO– en la segunda versión de los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte**

Por su parte, la segunda versión de los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte regula el requisito habilitante de capacidad residual en el numeral 3.11. Y, a su vez, en el numeral 3.11.2 indica los documentos que el proponente debe presentar para acreditar la capacidad de organización –CO–.

Al respecto, se indica que los proponentes obligados a tener RUP deben presentar los siguientes documentos: i) el estado de resultados integral (estado de resultados o pérdida o ganancias), del año en que hayan obtenido el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años, debidamente firmado por el interesado o su representante legal y el revisor fiscal si está obligado a tenerlo, o el auditor o contador si no está obligado a tener revisor fiscal y ii) la copia de la tarjeta profesional y certificado de antecedentes disciplinarios vigentes de los contadores públicos, revisores fiscales, contadores independientes (externos), quienes suscribieron los documentos señalados en el presente literal.

En relación con los proponentes personas naturales o jurídicas extranjeras sin domicilio o sucursal en Colombia, deben presentar el estado de resultados integral consolidado (estado de resultados o pérdida o ganancias) del año en que hayan obtenido el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años, auditado, con la firma de quien se encuentre en obligación de hacerlo, de acuerdo con la normativa vigente en el país de origen, en la moneda legal del país en el cual fue emitido, de conformidad con la legislación propia del país de origen.

Adicional a lo anterior, deben allegar la traducción al idioma castellano de la información financiera, observando lo siguiente: i) los valores deben ser expresados en pesos colombianos, convertidos a la tasa representativa del mercado –TRM– de la fecha de corte de los mismos, en los términos descritos en la sección 1.13 del presente Pliego de Condiciones, ii) presentados de acuerdo con las normas NIIF y iii) debidamente firmados por el contador público colombiano que los hubiere convertido.

**c) Principales ajustes al requisito de capacidad organizacional en los documentos tipo de licitación de obra pública – versión 2**

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

Las razones para eliminar estos documentos tienen como fundamento lo previsto en el artículo 2.2.1.1.1.6.4 del Decreto 1082 de 2015, que indica que para acreditar la capacidad residual solo se requiere presentar: «[…] 3. Balance general auditado del año inmediatamente anterior y estado de resultados auditado del año en que haya obtenido el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años. Los estados financieros deben estar suscritos por el interesado o su representante legal y el revisor fiscal si está obligado a tenerlo, o el auditor o contador si no está obligado a tener revisor fiscal. Si se trata de proponentes obligados a tener RUP, las Entidades Estatales solo deben solicitar como documento adicional el estado de resultados del año en que el proponente obtuvo el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años[[14]](#footnote-14)». En este sentido, el Decreto reglamentario de forma expresa indica los documentos necesarios para acreditar la capacidad residual, sin prever la exigencia de presentar la información financiera certificada y dictaminada que pretende acreditar el proponente.

Por otro lado, es importante señalar que, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 43 de 1990, normativa que reglamenta la profesión de contador público, la firma de un contador público en los actos propios de su profesión hará presumir, salvo prueba en contrario, que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales. De igual forma, tratándose de balances, se presumirá además que los saldos se han tomado fielmente de los libros, que estos se ajustan a las normas legales y que las cifras registrados en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera en la fecha del balance[[15]](#footnote-15).

La Corte Constitucional, en la sentencia C- 861 de 2008, reconoce que la profesión de contador público tiene un importante riesgo social en las relaciones económicas entre el Estado y los particulares, y por tanto es necesario, que tengan una mayor responsabilidad de los documentos que suscriben. Así lo determinó en los siguientes términos:

A los Contadores Públicos por el hecho de dar fe pública se les impone un mayor nivel de responsabilidad, pues con el ejercicio de su actividad pueden ocasionar un riesgo social al poner en peligro intereses tan importantes como el orden y la seguridad en las relaciones económicas entre el Estado y los particulares, o de éstos entre sí, de manera que se otorga un mayor ámbito de libertad a quienes no causan tal riesgo, evitando con ello una innecesaria y excesiva regulación de la profesión arte u oficio desarrollada por éstos últimos y obedeciendo así a criterios equitativos de equivalencia entre el interés protegido y las limitaciones fijadas. La decisión que adoptó el legislador de conferir una función fedante a los Contadores Públicos, obedece a una finalidad de interés general[[16]](#footnote-16).

 De este modo, en virtud de la Ley 49 de 1990, todos los actos firmados por los contadores públicos se presumen estar acordes con los requisitos legales. Sin dejar de lado, que los balances generales también se presumen que se han tomado fielmente de los libros y que las cifras registradas en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera en la fecha del balance. En este sentido, todos los documentos suscritos por el contador público dan fe pública de que el documento está acorde con la normativa y, por tanto, para que sea válido este documento no se requerirán requisitos adicionales como la certificación o el dictamen.

**3. Respuestas**

i) ¿Qué sucede cuando se relacionan los contratos en ejecución, de acuerdo con lo exigido en el pliego tipo, pero existen errores de fecha, plazo o valor; o cuando no se relacionan los contratos suspendidos?

De acuerdo con el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 y lo previsto en el numeral 3.10 «CAPACIDAD RESIDUAL» del «Documento Base o Pliego Tipo», la capacidad residual es un requisito habilitante susceptible de subsanar, por no afectar la asignación de puntaje del procedimiento de selección. Ahora, la entidad solo podrá requerir información al proponente que no haya sido aportada al momento de la inscripción del registro único de proponentes, y el oferente deberá aportarla a más tardar durante el traslado del informe de evaluación. En el caso de la licitación pública de obra, el término de traslado del informe de evaluación será dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su expedición[[17]](#footnote-17).

ii) «De acuerdo a la guía para el cálculo de la capacidad residual, los contratos en ejecución se deben reportar una vez esta suscrito el contrato o al momento de su adjudicación?».

El artículo 41 de la Ley 80 de 1993 señala los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato, y para el cálculo de la capacidad residual se solicita el listado de contratos en ejecución, lo cual hace referencia a aquellos que cumplieron los requisitos para ser ejecutados: i) la aprobación de las garantías, ii) que el contratista esté al día en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y iii) la existencia de registro presupuestal, salvo que se contrate con recursos de vigencias futuras. Además, por la autonomía de la voluntad las partes, se pueden establecer requisitos adicionales para iniciar la ejecución del contrato, como las actas de inicio, entre otros.

 Por tanto, los contratos en ejecución que se deben reportar para el cálculo de la capacidad residual son los que cuenten con los requisitos señalados, lo cual no hace referencia a la suscripción o adjudicación del contrato.

iii) «Para una empresa recién constituida que demuestra su información financiera con balances de apertura, es necesario que presente dictamen y certificación de los estados?».

De acuerdo con lo afirmado previamente, para acreditar la capacidad organizacional solo se requerirá aportar el balance general debidamente firmado por el interesado o su representante legal y el revisor fiscal si está obligado a tenerlo, o el auditor o contador si no está obligado a tener revisor fiscal y la copia de la tarjeta profesional y certificado de antecedentes disciplinarios vigentes de los contadores públicos, revisores fiscales, contadores independientes –externos–, quienes suscribieron los documentos señalados en el presente literal.

En este sentido, las entidades no podrán exigir que el balance general esté certificado o dictaminado porque: i) el numeral 3 del artículo 2.2.1.1.1.6.4 del Decreto 1082 de 2015 no exige este requisito y ii) la Ley 49 de 1990 prevé que los balances generales firmados por el contador se presumen que se han tomado fielmente de los libros y que las cifras registradas en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera en la fecha del balance.

iv) «Si un contador o revisor fiscal de algún oferente no ha actualizado el registro, puede ser rechazado el proponente?».

De conformidad con la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente tiene competencia para atender consultas relativas a temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general»[[18]](#footnote-18). Esto significa que no podemos pronunciarnos sobre situaciones o casos particulares.

Teniendo en cuenta que su pregunta está dirigida a establecer el tratamiento de una oferta que presenta una condición particular, es decir, la falta de actualización del registro del contador o revisor fiscal del proponente, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente no puede responder, toda vez que su consulta no se refiere a la aplicación de una norma de carácter general sino a una situación específica, de carácter particular, pues su petición está relacionada con un procedimiento de contratación específico. En efecto, no se solicita que se absuelvan dudas sobre la aplicación de una norma de carácter general en materia de compras y contratación pública, sino que se solucione un problema jurídico, cuya resolución desborda la competencia consultiva de esta entidad.

Se reitera que la competencia consultiva de esta entidad fue acotada de manera precisa por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011 y debe ser ejercida en esos términos, pues admitir dudas de todo tipo, esto es, casos particulares o preguntas jurídicas abstractas que no involucran la aplicación o interpretación de una norma, no sólo implicaría actuar por fuera de la competencia asignada por el legislador sino, además, desnaturalizaría el objetivo institucional de servir de «guía a los administradores públicos en la gestión y ejecución de recursos, que permita que su quehacer institucional pueda ser medido, monitoreado y evaluado y genere mayor transparencia en las compras y la contratación pública»[[19]](#footnote-19).

De otro lado, si bien el artículo 21 de la Ley 1437 de 2011 señala que si la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará al interesado dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción, si obró por escrito, y remitirá la petición al competente con copia del oficio remisorio al peticionario; pero en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Precisamente, teniendo en cuenta que no existe alguna autoridad que tenga el deber de resolver su caso, le comunicamos que no es posible remitir la petición a otra entidad.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Ximena Ríos LópezGestor T1 – Grado 11 Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector 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-1)
2. «Artículo 2.2.1.1.1.6.4. Capacidad Residual: El interesado en celebrar contratos de obra pública con Entidades Estatales debe acreditar su Capacidad Residual o K de Contratación con los siguientes documentos:

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

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

»3. Balance general auditado del año inmediatamente anterior y estado de resultados auditado del año en que haya obtenido el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años. Los estados financieros deben estar suscritos por el interesado o su representante legal y el revisor fiscal si está obligado a tenerlo, o el auditor o contador si no está obligado a tener revisor fiscal. Si se trata de proponentes obligados a tener RUP, las Entidades Estatales solo deben solicitar como documento adicional el estado de resultados del año en que el proponente obtuvo el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años». [↑](#footnote-ref-2)
3. «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.

 »[…]

»En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente, que se establecerá de conformidad con los factores de calificación y clasificación que defina el reglamento. El puntaje resultante de la calificación de estos factores se entenderá como la capacidad máxima de contratación del inscrito.

»6.1. De la calificación y clasificación de los inscritos: Corresponderá a los proponentes calificarse y clasificarse en el registro de conformidad con los documentos aportados. Las cámaras de comercio harán la verificación documental de la información presentada por los interesados al momento de inscribirse en el registro.

»La calificación y clasificación certificada de conformidad con el presente artículo será plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar. En tal sentido, la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 5° de la presente ley, se demostrará exclusivamente con el respectivo certificado del RUP en donde deberán constar dichas condiciones. En consecuencia, las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro». [↑](#footnote-ref-3)
4. Colombia Compra Eficiente, Circular Externa Única, numeral 6.1: «Por otra parte, en los procesos de mínima cuantía la Entidad debe establecer en la invitación un plazo para recibir los documentos subsanables, so pena de verificar la oferta con el siguiente proponente que ofrezca el mejor precio. Si la Entidad Estatal no estableció un plazo para subsanar los requisitos, los proponentes podrán hacerlo hasta antes de la aceptación de la oferta. En el Proceso de subasta el oferente podrá subsanar los requisitos hasta antes de la realización de la subasta». [↑](#footnote-ref-4)
5. Ley 1150 de 2007, artículo 5, parágrafo 4: «En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o a proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán se solicitados hasta el momento previo a su realización». [↑](#footnote-ref-5)
6. Ley 1150 de 2007, artículo 5. Parágrafo 3: «La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma». [↑](#footnote-ref-6)
7. Documento base o Pliego Tipo: «1.6 Reglas de subsanabilidad: El Proponente tiene la responsabilidad y carga de presentar su oferta en forma completa e íntegra, esto es, respondiendo todos los puntos del Pliego de Condiciones y adjuntando todos los documentos de soporte o prueba de las condiciones que pretenda hacer valer en el proceso.

»En caso de ser necesario, la Entidad deberá solicitar a los Proponentes, las aclaraciones, precisiones o solicitud de documentos que puedan ser subsanables. No obstante, los Proponentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

»Los Proponentes deberán allegar las aclaraciones o documentos requeridos hasta el término de traslado del informe de evaluación.

»En el evento en que la Entidad no advierta la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al Proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas y no los haya requerido en el informe de evaluación, podrá requerir al Proponente, otorgándole un término igual al establecido para el traslado del informe de evaluación, con el fin de que los allegue. En caso de que sea necesario, la Entidad ajustará el cronograma.

»Todos aquellos requisitos de la oferta que afecten la asignación de puntaje, incluyendo los necesarios para acreditar requisitos de desempate, no son subsanables, por lo que los mismos deben ser aportados por los Proponentes desde la presentación de la oferta.

»En virtud del principio de Buena Fe, los Proponentes que presenten observaciones al proceso o a las ofertas y conductas de los demás oferentes deberán justificar y demostrar la procedencia y oportunidad de estas». [↑](#footnote-ref-7)
8. Ley 80 de 1993: «Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio:

»1. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

»[...]

»6. Las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.

»[...]

»12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda». [↑](#footnote-ref-8)
9. Ley 80 de 1993: «Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

»Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

»Los contratos estatales son intuito personae <sic> y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.

»En caso de situaciones de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo 42 de esta ley que no permitan la suscripción de contrato escrito, se prescindirá de éste y aún del acuerdo acerca de la remuneración, no obstante, deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante.

»A falta de acuerdo previo sobre la remuneración de que trata el inciso anterior, la contraprestación económica se acordará con posterioridad al inicio de la ejecución de lo contratado. Si no se lograre el acuerdo, la contraprestación será determinada por el justiprecio objetivo de la entidad u organismo respectivo que tenga el carácter de cuerpo consultivo del Gobierno y, a falta de éste, por un perito designado por las partes». [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 18 de mayo de 2017. Exp. 48.396. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

 [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 10 de mayo de 2018. Exp. 41.186. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-11)
12. 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)
13. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 26 de junio de 2003. Rad. 13.354. C.P: María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-13)
14. 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-14)
15. Ley 43 de 1990: «Artículo 10. De la fe pública. La atestación o firma de un Contador Público en los actos propios de su profesión hará presumir, salvo prueba en contrario, que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales, lo mismo que a los estatutarios en casos de personas jurídicas. Tratándose de balances, se presumirá además que los saldos se han tomado fielmente de los libros, que éstos se ajustan a las normas legales y que las cifras registradas en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera en la fecha del balance. Parágrafo. Los Contadores Públicos, cuando otorguen fe pública en materia contable, se asimilarán a funcionarios públicos para efectos de las sanciones penales por los delitos que cometieren en el ejercicio de las actividades propias de su profesión, sin perjuicio de las responsabilidades de orden civil que hubiere lugar conforme a las leyes». [↑](#footnote-ref-15)
16. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 861 de 2008. M.P: Mauricio González Cuervo [↑](#footnote-ref-16)
17. Ley 80 de 1993: «Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección.

»[…]

»8. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas

»[…]». [↑](#footnote-ref-17)
18. «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-18)
19. Motivación del Decreto 4170 de 2011. [↑](#footnote-ref-19)