

CAPACIDAD RESIDUAL – Definición – Alcance

La capacidad residual es una aptitud que se exige a los oferentes con el objetivo de establecer o determinar si estos pueden o no cumplir de manera oportuna y a cabalidad con las obligaciones derivadas del contrato de obra pública, sin que los demás compromisos contractuales que hubieran adquirido les afecte la habilidad de cumplir con el objeto del contrato que está en proceso de 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».

CAPACIDAD RESIDUAL – Acreditación

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». Este documento establece, entre otras cuestiones, que a la entidad contratante 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 [...].

CONTRATOS EN EJECUCIÓN – Definición

[...] En este orden de ideas, la referida Guía 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).»

CONTRATOS EN ESTADO DE LIQUIDACIÓN – Relación con la capacidad residual

[...] retomando la definición de contratos en ejecución contenida en la «Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública» debe resaltarse que la «terminación con actividades pendientes», por la que usted consulta, no constituye, por sí misma, una categoría determinante para establecer si el contrato está o no en ejecución. Por ello, debe consultarse el contenido de la respectiva acta de terminación o su naturaleza jurídica para establecer si, en virtud de lo que en ella se declara, es o no posible establecer si el contrato entró en etapa de liquidación – situación en el que ese contrato no se tendrá en cuenta para efectos de calcular la capacidad residual–, o si, por contrario, se encuentra aún en ejecución o simplemente suspendido –eventos en los que si afectará el cálculo de la capacidad residual–.

De este modo, a efectos de su pregunta, es posible concluir que en los eventos en que exista «acta de terminación con actividades pendientes» o documentos análogos debe determinarse si, producto de dicha acta, se dio inicio a la etapa de liquidación contractual, evento en el cual, con independencia de que existan o no prestaciones pendientes por ejecutar -y que, según la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando se trate de contratos estatales las entidades deban recibirlas por fuera del plazo de ejecución y pagar la contraprestación al contratista-, esos contratos no deberán ser tenidos en cuenta para el cálculo de la capacidad residual, pues no son «contratos en ejecución», sino en liquidación. Por el contrario, si esa acta o sus similares no implican el inicio de la etapa de



Compartido por:



liquidación contractual, los contratos son catalogables como «contratos en ejecución» y, de ese modo, deben ser tenidos en cuenta para el cálculo de la capacidad residual.





Señor
Juan David Patiño Trasladino
El Dorado, Meta

Concepto C-068 de 2022

Temas: CAPACIDAD RESIDUAL – Definición – Alcance / CAPACIDAD RESIDUAL – Acreditación / CONTRATOS EN EJECUCIÓN – Definición / CONTRATOS EN ESTADO DE LIQUIDACIÓN – Relación con la capacidad residual

Radicación: Respuesta a consulta P20220128000732

Estimado señor Patiño:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde a su consulta del 28 de enero de 2022, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

1. Problema planteado

Usted realiza la siguiente pregunta:

«[...] los oferentes o las entidades públicas en el momento de la evaluación debe (sic) tener en cuenta como contrato en ejecución los contratos con ACTA DE TERMINACION CON ACTIVIDADES PENDIENTES, O se debe tomar como se muestra anteriormente que dice textualmente NO SE ENTENDERÁN COMO CONTRATOS EN EJECUCIÓN LOS QUE SE ENCUENTREN EN LIQUIDACIÓN».

2. Consideraciones

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre la capacidad residual, y la forma como esta se debe acreditar, en los



conceptos del 27 de agosto y el 20 y 26 (2) de diciembre de 2019 –radicados Nos. 2201913000006275, 2201913000009465, 2201913000009642 y 2201913000009640–; así como en los conceptos C–022, C–089, C–112, C–133, C – 194 de 2020, C–222 de 2020, C–326 de 2020, C-446 del 6 de julio de 2020, C-045 de 5 de marzo de 2021, C-170 del 20 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. La tesis propuesta se expone y, en lo pertinente, se complementa a continuación:

2.1. La noción de contratos en ejecución y su relación con la capacidad residual

La capacidad residual es una aptitud que se exige a los oferentes con el objetivo de establecer o determinar si estos pueden o no cumplir de manera oportuna y a cabalidad con las obligaciones derivadas del contrato de obra pública, sin que los demás compromisos contractuales que hubieran adquirido les afecte la habilidad de cumplir con el objeto del contrato que está en proceso de selección¹. El Consejo de Estado ha definido la capacidad residual como «la diferencia que existe entre el potencial de contratación que se tiene y los compromisos que haya adquirido y que se encuentren en ejecución, para la fecha de presentación de la oferta»².

Partiendo lo anterior, esta Agencia ha interpretado 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 previamente, y que tendría que cumplir simultáneamente con las derivadas del eventual nuevo contrato. Esta interpretación se sustenta en la Ley 1150 de 2007, la cual establece que la capacidad residual de los interesados en participar en un proceso de selección para contratos de obra, deberá ser igual o superior a la que la entidad haya establecido en los pliegos de condiciones. Al respecto indica la norma:

«Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes. Todas las

¹ Decreto 1082 de 2015: «Artículo 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».

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





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.

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.» (Cursiva fuera de texto)

Como se observa, la ley es clara en establecer que para determinar la capacidad residual se deben tener en cuenta todos (y solo) los contratos que el proponente u oferente tenga en estado de ejecución al momento de presentar la oferta.

En línea con lo anterior, 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 establece que las entidades estatales deben calcular la capacidad residual conforme a la metodología definida por Colombia Compre Eficiente y, adicionalmente, precisó que para tales fines es 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». Este documento establece, entre otras cuestiones, que a la entidad contratante 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.

Para acreditar el factor (SCE) «Saldos contratos en ejecución», como lo establece la citada Guía, 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 este orden de ideas, la referida Guía 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)³.

³ 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



Como se aprecia, los saldos pendientes por ejecutar de los contratos suspendidos es una 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, si es una categoría relevante para el cálculo de la capacidad residual, en la medida en que de los contratos afectados por una suspensión devienen obligaciones para el proponente que podrían condicionar su capacidad para ejecutar otros compromisos.

En efecto, su relevancia surge en la medida en que la eventual reanudación de la ejecución de los contratos en principio suspendidos podría afectar la aptitud del oferente para cumplir con el contrato ofertado. Ante tal posibilidad, es importante que, al evaluarse la capacidad residual, se tengan en cuenta los saldos pendientes por ejecutar de tales contratos, ya que son relevantes para poder determinar de manera objetiva si el proponente cumple o no con la capacidad residual requerida. Conforme a esto, en virtud de la competencia otorgada por el artículo 2.2.1.1.1.6.4 del Decreto 1082 de 2015 a esta Agencia 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.

Sobre la acreditación del factor (SCE) «Saldos contratos en ejecución», el literal E del numeral 3.10.2 del Documento Base de los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte – versión 3, señala lo siguiente:

«Para acreditar el factor (SCE) el Proponente tendrá en cuenta lo siguiente:

[...]

- II. Los contratos de obras civiles 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 civiles. Estas incluyen las obras civiles de los contratos de concesión y los contratos de obra suscritos con concesionarios, así como, 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)

De este modo, el apartado transcrito del Documento Base es armónico con lo dispuesto en la «Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública» expedida por esta Agencia, al afirmar, expresamente, que «no se entenderán como contratos en ejecución los que se encuentren en liquidación».



Esta determinación de la guía de excluir a los contratos en liquidación de la noción de *contratos en ejecución*, tiene que ver con las particularidades de etapa de liquidación de los contratos. Esto por cuanto, la fase de liquidación tiene lugar una vez concluida la fase de ejecución del contrato estatal, siendo la oportunidad para que las partes crucen cuentas respecto de sus obligaciones, para determinar si pueden declararse a paz y salvo mutuo o si, por el contrario, existen aún obligaciones por cumplir, para acordar la forma en que deben ser saldadas. En ese orden, la exclusión de los contratos en liquidación del factor (SCE) se sustenta en el hecho de que la etapa de liquidación inicia una vez cumplido el plazo de ejecución contractual, momento en el cual todas y cada una de las obligaciones y prestaciones objeto del contrato se hacen exigibles.

Entonces, como se observa, lo ideal es que en la liquidación de los contratos las partes resulten a paz y salvo. Sin embargo, precisamente en esa etapa es donde debe verificarse la existencia de obligaciones en mora y pendientes de ser ejecutadas, luego del plazo de ejecución, para acordar la forma en que serán satisfechas. En relación con la posibilidad de ejecutar prestaciones contractuales por fuera del plazo de ejecución, recientemente, el Consejo de Estado ha considerado que:

«[...] si un contratista cumple con sus obligaciones contractuales por fuera del plazo de ejecución, y la entidad decide recibir la prestación que se le adeuda, resulta lógico que el contratista tenga el derecho de recibir la contraprestación de las prestaciones ejecutadas y recibidas a satisfacción. Lo anterior no implica que las entidades estatales estén obligadas a recibir las prestaciones ejecutadas fuera del plazo de ejecución. Tampoco quiere decir lo anterior que todas las obras ejecutadas fuera del plazo deban ser pagadas. De la misma manera, lo sostenido no significa que las entidades no puedan ejercer sus poderes excepcionales para declarar el incumplimiento de la obligación e imponer el pago de los perjuicios causados por entregar fuera del plazo. Menos aún, que no se puedan reclamar judicialmente tales perjuicios o que las partes no puedan realizar acuerdos sobre este asunto en la etapa de liquidación del contrato.»⁴

Con base en lo anterior, puede concluirse que en un contrato en liquidación pueden existir aún prestaciones u obligaciones pendientes de ser cumplidas, que impacten en la capacidad del oferente. Sin embargo, a pesar de esto último, esta Agencia determinó, en ejercicio de sus competencias, que a efectos de determinar la capacidad residual en los procesos de licitación para obra pública de infraestructura de transporte sólo se tendrán en cuenta los *contratos en ejecución* y, tal como se señaló, de manera expresa, en el numeral II del literal E -Saldo Contratos en Ejecución (SCE)- del numeral 3.10.4 3.10.2. -Cálculo de la capacidad residual del proponente (CRP)- del Documento Base, se indica que «[...] No se entenderán como contratos en ejecución los que se encuentren en liquidación.»

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 18 de noviembre de 2021. Exp. No.61641. C.P. Alberto Montaña Plata.





En este orden de ideas, retomando la definición de contratos en ejecución contenida en la «Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública» debe resaltarse que la «terminación con actividades pendientes», por la que usted consulta, no constituye, por sí misma, una categoría determinante para establecer si el contrato está o no en ejecución. Por ello, debe consultarse el contenido de la respectiva acta de terminación o su naturaleza jurídica para establecer si, en virtud de lo que en ella se declara, es o no posible establecer si el contrato entró en etapa de liquidación – situación en la que ese contrato no se tendrá en cuenta para efectos de calcular la capacidad residual–, o si, por el contrario, se encuentra aún en ejecución o simplemente suspendido –eventos en los que sí afectará el cálculo de la capacidad residual–.

De este modo, a efectos de su pregunta, es posible concluir que en los eventos en los que exista «acta de terminación con actividades pendientes» o documentos análogos debe determinarse si, producto de dicha acta, se dio inicio a la etapa de liquidación contractual, evento en el cual, con independencia de que existan o no prestaciones pendientes por ejecutar, esos contratos no deberán ser tenidos en cuenta para el cálculo de la capacidad residual, pues no son «*contratos en ejecución*», sino en liquidación. Por el contrario, si esa acta o sus similares no implican el inicio de la etapa de liquidación contractual, los contratos son catalogables como «*contratos en ejecución*» y, de ese modo, deben ser tenidos en cuenta para el cálculo de la capacidad residual.

3. Respuesta

«[...] los oferentes o las entidades públicas en el momento de la evaluación debe (sic) tener en cuenta como contrato en ejecución los contratos con ACTA DE TERMINACION CON ACTIVIDADES PENDIENTES, O se debe tomar como se muestra anteriormente que dice textualmente NO SE ENTENDERÁN COMO CONTRATOS EN EJECUCIÓN LOS QUE SE ENCUENTREN EN LIQUIDACIÓN».

De conformidad con lo expuesto, es posible concluir que, si bien los saldos de contratos en ejecución corresponden a aquellos contratos que al momento de la presentación de la oferta obligan al proponente, es decir, en los que el proponente tiene obligaciones pendientes de ejecutar, bien sea con entidades estatales o entidades privadas, este tipo de saldos afecta la capacidad residual del proponente única y exclusivamente cuando se trate de «*contratos en ejecución*», de los que se excluyen, de manera expresa, los contratos que «[...] se encuentren en liquidación», tanto en la «Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública», como en el «Documento base» de los Documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte – versión 3.



Compartido por:



En concordancia con esto, debe advertirse que, los efectos de una eventual acta como la que se menciona en la consulta para el cálculo de la capacidad residual, están determinados por la declaración contenida en el acta, máxime considerando que la «terminación con actividades pendientes» no es una categoría en principio relevante para la capacidad residual, o que tenga algún efecto especialmente asignado por la metodología establecida en la guía. De esta forma, si, por ejemplo, lo que determina el acta es una suspensión, al tenor de lo dispuesto en la guía, el contrato deberá tenerse en cuenta dentro del saldo de contratos en ejecución. Pero, si en cambio lo que se acordó fue iniciar etapa de liquidación del contrato, bien podría afirmarse que estos contratos no afectarían la capacidad residual. Lo anterior sin perjuicio de la posibilidad de recibir obras por fuera del plazo contractual, conforme a los criterios jurisprudenciales expuestos.

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

Atentamente,

Jorge Augusto Tirado Navarro

Subdirector Gestión Contractual ANCP – CCE

Elaboró: Camilo Perdomo Villamil
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE

