



## I. Capacidad residual de contratación

La expedición del Decreto 1397 de 2012, que tenía como propósito solucionar los problemas surgidos con el nuevo concepto de capacidad residual de contratación que contenía el Decreto 734 de 2012, ha generado a su vez nuevos interrogantes entre las empresas de la cadena de valor del sector. Si bien esta nueva norma tiene una vocación transitoria, mientras se expide un nuevo Decreto que solucione de fondo el asunto, las entidades estatales, durante su vigencia, deben dar aplicación al Decreto 1397 de 2012. Sobre este texto han surgido debates e inquietudes, algunos de las cuales se enuncian a continuación:

**1.** Ciertas entidades siguen contemplando en sus pliegos fórmulas para calcular la capacidad residual de contratación que parten del derogado concepto de capacidad máxima de contratación, que desapareció de nuestro ordenamiento desde la expedición del Decreto Ley 19 de 2012.

**2.** Igualmente, algunas entidades siguen pidiendo el cumplimiento del requisito de capacidad residual para contratos distintos a los de obra, a pesar de que el Decreto 1397 es claro en que esta es una exigencia únicamente aplicable a los contratos de obra pública.

**3.** Más interesante y compleja es la discusión sobre el tipo de contratos cuyo saldo debe restarse al indicador de "capital de trabajo". Dice el Decreto 1397 que deben restarse los contratos de obra. Varias entidades, como el INVÍAS, han interpretado –con razón, a juicio de esta Cámara–, que en virtud de la explícita definición contenida en la Ley 80 sobre el término "contrato de obra", por mandato del Código Civil el intérprete de la norma debe atenerse a dicha definición y, por lo tanto, los contratos cuyos saldos se deben restar

son solo los de obra celebrados con entidades estatales; sin embargo, otras entidades estatales, como el IDU, interpretan que los saldos de los contratos privados de obra también deben restarse al capital de trabajo, pues ellos igualmente copan el nivel de saturación de un oferente.

**4.** Así mismo hay divergencias sobre la forma en cómo deben contabilizarse, para efectos de determinar la capacidad residual de un oferente, los contratos de obra celebrados con entidades estatales que se rigen por el derecho privado, tales como Ecopetrol o EPM. En principio, estas entidades, a pesar de su régimen especial, son estatales, por aparecer enunciadas en el listado del artículo 2 de la Ley 80 al que alude la definición de "contrato de obra" del artículo 32 de la misma Ley, pero jurisprudencia reiterada ha dicho, por ejemplo, que tales contratos no pagan el impuesto de guerra que se deriva del tradicional contrato de obra pública.

**5.** En las discusiones que la CCI ha adelantado sobre este tema en Barranquilla, Bogotá, Cali y Medellín, se ha detectado una enorme disparidad de criterios entre las distintas entidades estatales, no ya en cuanto a la forma en que debe calcularse la capacidad residual para cada oferente, sino en cuanto a la exigencia de capacidad residual contenida en cada pliego como requisito habilitante. Por ejemplo, para contratos comparables en cuantía y objeto, hemos percibido que una entidad pide como capacidad residual el valor del respectivo contrato, otra pide el doble de ese valor, otra más pide como capacidad residual de los oferentes una suma equivalente a un porcentaje del valor oficial del contrato, una más pide el valor oficial, pero dividido por el número de meses de ejecución del contrato, y otra pide una suma determinada que guarda poca relación con la cuantía o el objeto del contrato a celebrar. Parecería que hay tantas



formas de determinar la capacidad residual exigible en un pliego, como entidades estatales contratantes. La CCI considera que en este punto, como en los anteriores, la labor de pedagogía y unificación de criterios por parte de la Agencia Nacional de Contratación es indispensable y urgente.

La CCI ha abierto, en su página web, un “mini-sitio” especial para recoger las inquietudes, sugerencias y comentarios, sobre el tema de capacidad residual, de los afiliados, personas y entidades interesadas. Igualmente pueden enviar sus inquietudes o comentarios al correo [capacidadresidual@infraestructura.org.co](mailto:capacidadresidual@infraestructura.org.co). En los próximos días haremos llegar a la Agencia un resumen analítico de ese conjunto de comentarios.

## II. **Novedades normativas:**

Sentencia del Consejo de Estado de 8 de agosto de 2012

Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Demandante: Carlos Alberto Solarte Solarte

Demandado: Instituto Nacional de Vías – INVÍAS

El demandante solicita se declare el rompimiento del equilibrio económico en el contrato No. 744 de 1993, celebrado con INVÍAS, porque la fórmula de ajuste de precios prevista no conservó, durante el plazo contractual, el valor inicial de los precios unitarios. Por lo tanto, requiere el pago por parte del INVÍAS de la diferencia entre los precios, ajustados con el índice de precios al consumidor del DANE, y los precios pagados y ajustados con la fórmula del contrato. El Consejo de Estado, reiterando jurisprudencia, establece que el acto de liquidación bilateral del contrato es a su vez un contrato, pues mediante este se persigue extinguir las relaciones jurídicas, lo cual se ajusta a lo preceptuado en el art. 864 del Código de

Comercio: “El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial...”.

De acuerdo con lo anterior, y al tratarse de un contrato, este debe celebrarse y ejecutarse de buena fe. Sin embargo, el contrato No. 744 de 1993, fue liquidado de común acuerdo mediante acta del 2 de diciembre de 1997, sin que el demandante hubiera salvado algún derecho para su posterior reclamación judicial o extrajudicial, lo que contra viene el deber de informar que impone el principio de buena fe contractual, que en el acto bilateral de liquidación del contrato, debe ser concreta, en caso de que existan inconformidades.

Resolución 1409 del 23 de julio de 2012, por la cual se establece el Reglamento de Seguridad para protección contra caídas en trabajo en altura. Expedido por el Ministerio del Trabajo

Esta norma tiene por objeto establecer el reglamento de seguridad para protección contra caídas en trabajo en alturas y es aplicable a todos los empleadores, empresas, contratistas, subcontratistas y trabajadores de todas las actividades económicas que desarrollen trabajo en alturas con peligro de caídas, exceptuando actividades de atención de emergencia y rescate, y actividades lúdicas, deportivas, de alta montaña o andinismo y artística. Es una guía completa en la que se indica deberes de los empleadores, de los trabajadores, de las administradoras de riesgos profesionales, medidas de protección y prevención, capacitaciones y guías técnicas.