**ESAL - Naturaleza jurídica de las entidades sin ánimo de lucro**

En Colombia, la empresa se forma a través de un contrato de sociedad por medio del cual dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa, según el artículo 98 *ibidem*. En ese sentido, puede decirse que serán sociedades comerciales aquellas que ejecuten actos o empresas mercantiles, en los términos señalados en el artículo 100 del Código de Comercio. El Libro Segundo del Código de Comercio no incluye a las corporaciones o asociaciones ni a las fundaciones, esto es, a las ESAL, en la enumeración de las sociedades comerciales. La razón de la exclusión, a nuestro juicio, es obvia: estas organizaciones no tienen fines comerciales, es decir, carecen de ánimo de lucro, por eso no forman un tipo o clase de sociedad comercial. La norma que regula este tipo de corporaciones o asociaciones es el Código Civil –entre otras normas que se armonizan con él–, de lo que se sigue que no constituyen formas de sociedad comercial sino formas de organización civil, con fines esencialmente altruistas o de interés general, que se conforman entre personas que tienen como finalidad contribuir con su esfuerzo, y hasta con sus bienes, a ayudar a la comunidad.

**CLÁUSULA PENAL- estimación anticipada de perjuicios / CLÁUSULA PENAL – Funciones**

[…] el artículo 1592 del Código Civil establece que «La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.» Por su parte, el artículo 867 del Código de Comercio, dispone: «Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse (…)». […] la cláusula penal puede cumplir varias funciones, a saber: *i)* estimación anticipada de perjuicios; *ii)* medio de apremio al deudor, y *iii)* caución o garantía del cumplimiento de la obligación principal.

**PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO – Artículo 86 – Ley 1474 de 2011 – Ámbito de aplicación – Inaplicabilidad – Entidades sin ánimo de lucro**

[…] el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece el procedimiento de imposición de multas, sanciones y declaratoria de incumplimiento, dirigido específicamente a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, esto es, aquellas entidades que, conforme lo dispone el artículo segundo de la Ley 80 de 1993, se regulan por dicho estatuto y las normas que lo modifiquen y reglamenten. De esta manera, las entidades estatales que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no son destinatarias de la normativa citada y, por ende, no resultaría viable la aplicación del procedimiento de imposición de multas de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en la actividad contractual de las mismas.

En este orden de ideas, es fácil concluir que las ESAL no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al tratarse de entidades sin ánimo de lucro de carácter privado, que se rigen por normas de Derecho privado y, por tanto, no ser entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a las que se les autoriza la utilización de ese procedimiento.



Bogotá D.C.,

Señor

**WILLIAM F. ROMERO R.**

asesor.juridico@asohofrucol.com.co

 **Concepto C – 635 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | ESAL - Naturaleza jurídica de las entidades / CLÁUSULA PENAL- estimación anticipada de perjuicios / CLÁUSULA PENAL – Funciones / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO – Artículo 86 – Ley 1474 de 2011 – Ámbito de aplicación – Inaplicabilidad – Entidades sin ánimo de lucro   |
| **Radicación:**  | Respuesta a la consulta P20220822008281 |

Estimado señor Romero:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, 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, responde su consulta remitida el 22 de agosto de 2022.

**1. Problema planteado**

Usted realiza la siguiente pregunta: «¿En ejercicio de la supervisión en los contratos, se debe realizar el procedimiento de incumplimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 aun cuando ASOHOFRUCOL no es Entidad Púbica, sino una Entidad Sin Ánimo de Lucro de carácter privado que administra recursos públicos?».

**2. 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. 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 particulares 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[[1]](#footnote-1). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. 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.

Adicionalmente, es preciso advertir que los conceptos emitidos en ejercicio de la referida competencia consultiva reflejan las posiciones hermenéuticas de la Agencia sobre la aplicación de las normas generales sometidas a su consideración, desarrollando posturas sustentadas a partir del estudio de las diferentes fuentes del derecho existentes en la materia. En cualquier caso, estos conceptos tienen el alcance señalado por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por la Ley 1755 de 2015, el cual señala «[…] los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución». En términos generales, lo que se busca es que la opinión jurídica de la entidad sirva a los ciudadanos y a la administración pública para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, y como criterio de orientación para el cumplimiento de sus competencias legales, sin que tome partida por uno u otro, pues a la autoridad que emite el concepto no le compete resolver una controversia o prevenir una problemática, esto es, no le corresponde determinar quién tienen la razón en su interpretación normativa. Esto no descarta que, en la práctica, al emitirse la opinión sobre la interpretación del ordenamiento jurídico, exista coincidencia con el criterio que expone alguna de las partes o la persona que solicita la consulta, circunstancia que no descarta interpretaciones diferentes y, mucho menos, valida la del peticionario, ya que las competencias consultivas no lo permiten[[2]](#footnote-2).

Sin perjuicio de lo anterior, dentro de los límites de las atribuciones de la función consultiva atribuida a esta entidad, esto es, interpretando de manera general las normas relevantes, la Agencia absolverá los interrogantes formulados, previo análisis de los siguientes temas: i) Naturaleza jurídica de las entidades sin ánimo de lucro – ESAL, ii) Procedimiento administrativo sancionatorio del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Inaplicabilidad, por regla general, para las Entidades privadas sin ánimo de lucro

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció, en términos generales, sobre el procedimiento administrativo sancionatorio y su ámbito de aplicación en los conceptos C-147 del 17 de marzo de 2020 y el C-699 del 30 de noviembre de 2020. Adicionalmente, se ha pronunció sobre la naturaleza jurídica de las Entidades Sin Ánimo de Lucro en el concepto C-291 del 16 de mayo de 2022. Las tesis expuestas se reiteran y se complementan en lo que corresponda.

**2.1. Naturaleza jurídica de las entidades sin ánimo de lucro – ESAL**

En Colombia, la empresa se forma a través de un contrato de sociedad por medio del cual dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa, según el artículo 98 *ibidem*. En ese sentido, puede decirse que serán sociedades comerciales aquellas que ejecuten actos o empresas mercantiles, en los términos señalados en el artículo 100 del Código de Comercio[[3]](#footnote-3).

El Libro Segundo del Código de Comercio no incluye a las corporaciones o asociaciones ni a las fundaciones, esto es, a las ESAL, en la enumeración de las sociedades comerciales. La razón de la exclusión, a nuestro juicio, es obvia: estas organizaciones no tienen fines comerciales, es decir, carecen de ánimo de lucro, por eso no forman un tipo o clase de sociedad comercial[[4]](#footnote-4). La norma que regula este tipo de corporaciones o asociaciones es el Código Civil –entre otras normas que se armonizan con él–, de lo que se sigue que no constituyen formas de sociedad comercial sino formas de organización civil, con fines esencialmente altruistas o de interés general, que se conforman entre personas que tienen como finalidad contribuir con su esfuerzo, y hasta con sus bienes, a ayudar a la comunidad[[5]](#footnote-5). La ausencia de ánimo de lucro es, entonces, la característica determinante de estas corporaciones u organizaciones, lo que explica su nombre, y la diferencia fundamental con las sociedades comerciales.

Que una ESAL no sea una forma de sociedad comercial se infiere igualmente de los requisitos que exige el artículo 98 del Código de Comercio, concretamente del previsto al final del inciso primero relacionado con su finalidad. En efecto, la norma en comento dispone: «[p]or el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, *con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social*» (Énfasis fuera de texto). Debe precisarse que en el caso de las ESAL no se admite el reparto de utilidades, ni durante la existencia de la organización ni cuando se extinga, y en este aspecto, se insiste, radica la diferencia más apreciable entre unas y otras organizaciones, pese a que ambas se crean con libertad y al amparo del derecho fundamental de asociación, previsto en el artículo 38 de la Constitución Política y otras normas contenidas en tratados internacionales suscritos por Colombia.

De conformidad con lo anterior, una «fundación» o una «asociación o corporación», constituidas en los términos del Código Civil, no pueden asimilarse o identificarse con una «sociedad comercial», como uniformemente lo considera la doctrina y la jurisprudencia civil y comercial, en la medida en que esta última se crea con la finalidad de que sus socios repartan las utilidades obtenidas en desarrollo de la empresa o actividad social. Por el contrario, las fundaciones o asociaciones destinan su patrimonio a la consecución de un interés general y, como tal, no se percibe lucro, debiéndose reinvertir los excedentes monetarios que se presenten en la ESAL, al no ser viable su reparto entre los asociados.

Por su parte, la Corte Constitucional, en la sentencia C-287 de 2012, reiteró que la diferencia existente entre las sociedades comerciales y las entidades privadas sin ánimo de lucro es que estas últimas no reparten sus utilidades entre los socios[[6]](#footnote-6). Así lo explicó en los siguientes términos:

Sin embargo, el hecho que no persigan una finalidad lucrativa no significa que no desarrollen actividades que generen utilidades, lo que pasa es que, a diferencia de las sociedades, el lucro o ganancia obtenida no se reparte entre sus miembros sino que se integra al patrimonio de la asociación para la obtención del fin deseado. Así, el elemento característico de las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro radica, precisamente, en la determinación de sus miembros de desarrollar una actividad de interés general sin esperar a cambio repartición de utilidades en proporción a su aporte, ni la recuperación del mismo en el momento de su disolución o liquidación.

Igualmente, el Consejo de Estado expresó que la naturaleza jurídica de las ESAL es diferente a las sociedades mercantiles, toda vez que su objeto no está destinado a perseguir un lucro que pueda ser repartido entre sus asociados, sino que las ganancias se reinvierten en la entidad sin ánimo de lucro para el desarrollo de su objeto social[[7]](#footnote-7). En ese mismo sentido, la Cámara de Comercio de Bogotá, en el «Documento ABC Entidades sin Ánimo de lucro», ha definido las ESAL como «las personas jurídicas que se constituyen por la voluntad de asociación o creación de otras personas (naturales o jurídicas) para realizar actividades en beneficio de los asociados o de terceras personas o de la comunidad en general y no persiguen el reparto de utilidades entre sus miembros»[[8]](#footnote-8). Las entidades privadas sin ánimo de lucro, pues, no tienen la naturaleza jurídica de empresa sino de asociaciones que buscan la realización de un fin común y objetivos carentes de un contenido esencialmente patrimonial −fin de lucro y reparto de las utilidades−.

**2.2. Procedimiento administrativo sancionatorio contractual del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Inaplicabilidad, por regla general, para las Entidades privadas sin ánimo de lucro**

En virtud de la autonomía de la voluntad –artículo 1602 Código Civil–, las partes de un contrato, para procurar el cumplimiento de las obligaciones a su favor, pueden pactar las cláusulas contractuales de apremio y la pena adjudicable a la parte incumplida. Su naturaleza es punitiva y se causan en los eventos en los que se configure un incumplimiento contractual del deudor.

En efecto, el artículo 1592 del Código Civil establece que «La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal». Por su parte, el artículo 867 del Código de Comercio, dispone: «Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse […]».

Se ha entendido que la cláusula penal puede cumplir varias funciones, a saber: *i)* estimación anticipada de perjuicios; *ii)* medio de apremio al deudor, y *iii)* caución o garantía del cumplimiento de la obligación principal. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ratificó esta naturaleza polifuncional de la cláusula penal, en los siguientes términos:

[E]n el ámbito de la dogmática jurídica civil, se denomina «cláusula penal» al acuerdo de las partes sobre la estimación de los perjuicios compensatorios o moratorios, para el evento del incumplimiento del convenio o la mora en la satisfacción de las obligaciones derivadas del mismo, recibiendo en el primer caso el nombre de «cláusula penal compensatoria» y en el segundo, «cláusula penal moratoria»; así mismo se reconoce, que cumple la función complementaria de apremiar al deudor para el adecuado cumplimiento de la prestación. En virtud de lo anterior, cabe señalar, que dicho pacto tiene el carácter de una «obligación accesoria», en cuanto tiene por objeto asegurar el cumplimiento de otra obligación; igualmente, constituye una «obligación condicional», porque la pena solo se debe ante el incumplimiento o retardo de la «obligación principal»; y también puede representar una liquidación convencional y anticipada de los perjuicios en caso de configurarse alguno de tales supuestos.[[9]](#footnote-9)

Así pues, la cláusula penal en su modalidad de apremio tiene como propósito ejercer presión o amenaza sobre la voluntad del deudor, induciéndolo a cumplir la obligación principal por el temor de incurrir en aquella, es decir, se trata típicamente de la cláusula de multas en la que la pena no sustituye la obligación principal ni la indemnización compensatoria, sino que persigue compulsar al deudor al cumplimiento de la obligación en forma oportuna, efectiva e integra.

Ahora bien, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece el procedimiento de imposición de multas, sanciones y declaratoria de incumplimiento, dirigido específicamente a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, esto es, aquellas entidades que, conforme lo dispone el artículo segundo de la Ley 80 de 1993, se regulan por dicho estatuto y las normas que lo modifiquen y reglamenten. De esta manera, las entidades estatales que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no son destinatarias de la normativa citada y, por ende, no resultaría viable la aplicación del procedimiento de imposición de multas de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011[[10]](#footnote-10) en la actividad contractual de las mismas.

Cabe precisar que la potestad sancionatoria contractual debe consagrarse expresamente en la ley para que sea viable su ejercicio y, además, regularse previamente y también a nivel legal el procedimiento aplicable para la imposición de sanciones. Es decir, la competencia administrativa y los procedimientos para expedir los actos administrativos derivados de esas competencias son manifestación directa del principio de legalidad y del debido proceso administrativo y, por lo mismo, solo el legislador puede establecerlos, por mandato de los artículos 6, 29, 121 y 122 de la Constitución Política. Ambas condiciones, entonces, son la materialización de los principios de competencia y de legalidad de las formas propias de cada juicio, contenidas en el derecho fundamental al debido proceso, que rige también en las actuaciones administrativas, según lo indica el primer inciso del artículo 29 de la Constitución[[11]](#footnote-11) y el artículo 3, numeral 1 de la Ley 1437 de 2011[[12]](#footnote-12).

En este orden de ideas, es fácil concluir que las ESAL no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al tratarse de entidades sin ánimo de lucro de carácter privado, que se rigen por normas de Derecho privado y, por tanto, no ser entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a las que se les autoriza la utilización de ese procedimiento.

Las ESAL en los contratos que celebren con diferentes personas naturales y jurídicas podrán convenir todas las sanciones que estén permitidas por las leyes civiles y comerciales, sin violentar las regulaciones del derecho privado, pero para su aplicación y efectividad están desprovistas de las facultades y atribuciones que se le otorgan en el ordenamiento jurídico a las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–[[13]](#footnote-13). Para hacer efectivas las consecuencias que se desprenden de la cláusula de apremio pactadas en sus contratos, las ESAL deben, por regla general, acudir al juez del contrato, por cuanto es este quien tiene la facultad de determinar si existe un incumplimiento y, en tal caso, aplicar e imponer las sanciones pactadas o modificarlas según el ordenamiento vigente.

**3. Respuesta**

«¿En ejercicio de la supervisión en los contratos, se debe realizar el procedimiento de incumplimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 aun cuando ASOHOFRUCOL no es Entidad Púbica, sino una Entidad Sin Ánimo de carácter privado que administra recursos públicos?»

Conforme a lo expuesto, el procedimiento de imposición de multas, sanciones y declaratoria de incumplimiento, establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, está dirigido específicamente a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de manera que las entidades que no lo están, como las ESAL, no son destinatarias de la norma citada y, por ende, no resulta viable que apliquen ese procedimiento sancionatorio.

Las ESAL en los contratos que celebren con diferentes personas naturales y jurídicas podrán convenir todas las sanciones que estén permitidas por las leyes civiles y comerciales, sin violentar las regulaciones del Derecho privado, pero, para su aplicación y efectividad, están desprovistas de las facultades y atribuciones que se le otorgan en el ordenamiento jurídico a las entidades estatales sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–. Para hacer efectivas las consecuencias que se desprenden de la cláusula de apremio pactadas en sus contratos, las ESAL deben, por regla general, acudir al juez del contrato, por cuanto es este quien tiene la facultad de determinar en el respectivo proceso si existe un incumplimiento y, en tal caso, aplicar e imponer las sanciones pactadas o modificarlas según el ordenamiento vigente.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Álvaro Namén VargasContratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E) |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-1)
2. Al respecto, el profesor Enrique José Arboleda Perdomo, al interpretar el artículo transcrito, expuso lo siguiente: «El artículo 28 regula los efectos jurídicos de los conceptos que emita la entidad como respuesta a las consultas que le formulen los particulares, ordenando que *no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución*. De este mandato surgen las siguientes consideraciones:

 »La primera, que un concepto no es un acto administrativo de contenido particular pues en sí mismo no contiene una manifestación de la voluntad de la administración que tenga la virtualidad de producir efectos jurídicos vinculantes, en relación con el peticionario, con la autoridad que conceptúa y aún frente a terceros que pudieran estar interesados en la respuesta.

 »La segunda, que la forma como la administración actúa de manera vinculante para sí misma y para la Generalidad de las personas es el reglamento, no sólo a través de la potestad reglamentaria propia del presidente de la República coma sino a través de los demás reglamentos de la administración en el preciso marco de las competencias de cada organismo o entidad, por lo cual los conceptos emitidos no pueden suplir ni menos aún competir con los reglamentos.

»La tercera, que los conceptos no pueden interpretar la ley en el sentido de darle un alcance o proferir un sentido frente a otro posible, se limitan a explicar las competencias a cargo de la entidad y la forma de ejercerlas, con el fin de orientar a los particulares en el cumplimiento de sus deberes o el ejercicio de sus derechos». ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2ª ed.). Editorial Legis. Bogotá. 2012. p.59. [↑](#footnote-ref-2)
3. «Artículo 100: Asimilación a sociedades comerciales - legislación mercantil. Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial. Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles serán civiles.

»Sin embargo, cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil». [↑](#footnote-ref-3)
4. BARRERO BUITRAGO, Álvaro. Manual para el establecimiento de sociedades (4ta. ed.). Editorial Librería del Profesional. Bogotá. 2006. p. 21. Allí se lee, en relación con el requisito que deben cumplir las sociedades comerciales sobre el ánimo de lucro, lo siguiente: «esta característica viene a diferenciar a la sociedad mercantil de cualquier otra forma asociativa, pues para el comerciante la utilidad es primordial en sus actividades, no ocurriendo lo mismo para otras personas, donde el fin primordial no es obtener ganancias, como en el caso de las sociedades cooperativas». [↑](#footnote-ref-4)
5. TORRENTE BAYONA, César y BUSTAMANTE, Luis Eduardo. Las entidades sin ánimo de lucro (3ª Ed.). Editado por la Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá. 2000, p. 33. Allí se lee: «Las entidades sin ánimo de lucro son personas jurídicas, capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y de ser representadas judicial y extrajudicialmente, con sujeción a las disposiciones legales y a sus propios estatutos. Nacen por voluntad de los asociados en virtud del derecho constitucional de asociación, o por la libertad de disposición de los bienes de los particulares, para la realización de fines altruistas o de beneficio comunitario; de lo que se infiere que no contemplan dentro de su objeto principal el desarrollo de actividades mercantiles.

»La ausencia de lucro es una de sus características fundamentales, lo cual significa que no existe el reparto de utilidades o remanentes generados en el desarrollo de sus objetivos, ni es viable el reembolso de los bienes o dineros aportados a la entidad […]». [↑](#footnote-ref-5)
6. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-287 de 2012. M.P. María Victoria Calle. [↑](#footnote-ref-6)
7. CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta. Providencia del 26 de octubre de 2009. Exp. No. 25000-23-27-000-2007-00160-01(17200). M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. [↑](#footnote-ref-7)
8. Cámara de Comercio de Bogotá, «ABC DE ESALES». Bogotá. 2013. Disponible en este link: <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/8346/el%20abc%20de%20esales%202013%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. [↑](#footnote-ref-8)
9. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2018, Radicación n.º 25899-31-03-002-2013-00162-01, M.P. Luis Alonso Rico Puerta. [↑](#footnote-ref-9)
10. En efecto, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 dispone: «*Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública* podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

»a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

»b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

»c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

»d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento» (Cursivas fuera de texto). [↑](#footnote-ref-10)
11. »El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

»Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

»En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

»Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

»Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso». [↑](#footnote-ref-11)
12. «Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

» Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

»1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

» En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no *reformatio in pejus y non bis in ídem*

[…]»*.* [↑](#footnote-ref-12)
13. «Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista.

»Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

»Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.» [↑](#footnote-ref-13)