#

# ENTIDAD SIN ANIMO DE LUCRO

**ESAL – Definición**

Las entidades sin ánimo de lucro justifican su existencia en la medida

que ayudan al Estado en el cumplimiento de las finalidades, esto es, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

El elemento característico de estas entidades es la ausencia de lucro, el cual está relacionado con que no haya una distribución o reparto de utilidades a sus miembros, tesis que, de acuerdo al precedente judicial del Consejo de Estado, en Sentencia No. 1444 del 6 de febrero de 1987, M.P. POLICARPO CASTILLO DÁVILA, también precisa de la siguiente manera:

“El criterio de lucro o las finalidades de lucro no se relacionan, no pueden relacionarse a las utilidades obtenidas, sino a la destinación que se les dé. La estipulación o norma, que elimina los fines de lucro, es la que tiene como consecuencia, la de que los rendimientos o utilidades obtenidas no sean objeto de distribución o reparto entre socios o integrantes de la persona moral que las genera. Este criterio o concepto ha sido tradicionalmente concebido y respetado siempre.”

# INHABILIDADES – Definición – Finalidad – Limitación a capacidad

Las inhabilidades son circunstancias establecidas por la Constitución o la ley que impiden que personas naturales o jurídicas sean elegidas o designadas en un cargo público o celebren contratos con el Estado, con el objetivo de garantizar la idoneidad, imparcialidad, probidad, transparencia y moralidad de la función pública, garantizando el interés general.

El régimen de inhabilidades para contratar con el Estado es un conjunto de restricciones establecidas por el constituyente o por el legislador que afectan directamente la capacidad de las personas para establecer relaciones contractuales con el Estado, que pueden resultar de condenas, sanciones o situaciones previamente establecidas por el ordenamiento jurídico. En esta medida, la Corte Constitucional explica que «las inhabilidades representan una

limitación a la capacidad para contratar con las entidades del Estado y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito en el sujeto incapacitado quien por esta razón no podrá hacer parte de una relación contractual».

# INHABILIDADES – Taxatividad – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva– Entidades sin ánimo de lucro

Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley –o sea, deben satisfacer el principio de legalidad – y su interpretación debe ser restrictiva, pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos contemplarían múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Tal ha sido la postura de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

[…] las personas jurídicas son, en derecho colombiano, el género en el cual se agrupan todos los sujetos de derecho sin existencia física o, para decirlo, en otros términos, todas las personas morales. Con base en esto es posible afirmar que son personas jurídicas, sin importar su denominación o régimen legal, las sociedades, las fundaciones, las corporaciones o las cooperativas. De ello se desprende que cuando las normas sobre inhabilidades en materia de contratación estatal señalan que serán inhábiles las personas jurídicas, dicha inhabilidad comprende a toda clase de personas jurídicas sin importar su denominación particular.

Así las cosas, las entidades sin ánimo de lucro, llámense asociaciones, corporaciones, fundaciones o cooperativas, como personas jurídicas que son, estarán inhabilitadas según lo normado por el literal j), numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, en los siguientes eventos: (i) cuando su personería jurídica se haya suspendido por una causa legal, (ii) cuando sus representantes legales o miembros de junta directiva se hayan beneficiado de la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio del Estado y (iii) cuando se ha declarado administrativamente responsable a la persona jurídica por haber cometido la conducta de soborno trasnacional.

Bogotá D.C., 05 de Agosto de 2024 Señor

**Fernando Jose Gutiérrez Ibáñez** fernandog213@hotmail.com Ciudad

# Concepto C- 210 de 2024

**Temas:** ENTIDAD SIN ANIMO DE LUCRO ESAL – Definición / INHABILIDADES – Definición – Finalidad – Limitación a capacidad / INHABILIDADES – Taxatividad – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva– Entidades sin ánimo de lucro.

**Radicación:** Respuesta a consulta con radicado No.

P20240623006376

Cordial saludo,

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 23 de junio de 2024, en la cual indaga lo siguiente:

“una fundación o asociación sin ánimo de lucro ESAL, puede participar en procesos de licitación pública de obra pública, en forma individual o bajo la modalidad de consorcio o unión temporal, siendo que su estructura es la de no generación de utilidad y para ese tipo de contratos la utilidad hace parte de el, a su vez por su carácter jurídico estarían inhabilitados para contratar por no ser establecimientos de comercio o participar en licitaciones ”

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas 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 del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con los problemas jurídicos de su consulta.

# Problemas planteados:

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá los siguientes problemas jurídicos:

* 1. ¿Puede una ESAL participar, de forma individual o como proponente plural, en un proceso de licitación de obra pública o se encuentra inhabilitada por ley?

# Respuestas:

En Colombia, las fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro (ESAL) pueden participar en procesos de licitación pública, incluidas las licitaciones de obra pública, ya sea de forma individual o bajo modalidades de consorcio o unión temporal, ya que no se encuentran inhabilitadas y dicha actividad no está prohibida en el ordenamiento jurídico colombiano.

Ahora bien, es de tener en cuenta que, aunque las ESAL no tienen como objetivo la generación de utilidades, esto no les impide participar en contratos o

actividades comerciales que generen ingresos, siempre y cuando estos se reinviertan en el cumplimiento de sus fines sociales y no se distribuyan entre sus miembros; no obstante, esto no difiere de cuando se señala que las personas jurídicas tienen capacidad jurídica para la capacidad para contratar, la cual hace referencia a la posibilidad que tienen para adelantar actividades en el marco de su objeto social, a las facultades que le han sido otorgadas al representante legal y a la ausencia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar, derivadas de la ley.

* En este orden de ideas, las ESAL no solo pueden contratar bajo las reglas establecidas en el Decreto 092 de 2017, sino que también pueden intervenir en procesos de selección regidos por las reglas del EGCAP, caso en el cual participan con las mismas reglas aplicables a los demás oferentes.

# Razones de la respuesta:

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

* Las entidades sin ánimo de lucro justifican su existencia en la medida que ayudan al Estado en el cumplimiento de las finalidades, esto es, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.
* El elemento característico de estas entidades es la ausencia de lucro, el cual está relacionado con que no haya una distribución o reparto de utilidades a sus miembros, tesis que, de acuerdo con el precedente judicial del Consejo de Estado, precisa:

“El criterio de lucro o las finalidades de lucro no se relacionan, no pueden relacionarse a las utilidades obtenidas, sino a la destinación que se les dé. La estipulación o norma, que elimina los fines de lucro, es la que tiene como consecuencia, la de que los rendimientos o utilidades obtenidas no sean objeto de distribución o reparto entre socios o integrantes de la persona moral que las

genera. Este criterio o concepto ha sido tradicionalmente concebido y respetado siempre.” 1

* Ahora bien, respecto a la capacidad de las ESAL de participar en los procesos de contratación pública del EGCAP, se debe aclarar que la capacidad jurídica es la aptitud que recae en los sujetos activos o pasivos de las relaciones jurídicas2. Para efectos de las relaciones contractuales en las que uno de los extremos de la relación sea una Entidad Estatal, la capacidad contractual es la facultad que se ostenta para celebrar contratos con una Entidad Estatal. En otras palabras, es: i) la capacidad de obligarse a cumplir el objeto del contrato y ii) de no estar incursa en inhabilidades o incompatibilidades que impiden la celebración del negocio.
* Para efectos de la aplicación del EGCAP, la capacidad para contratar la tienen las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes3, así como otras formas asociativas. De modo que, cuando se señala que las personas jurídicas tienen capacidad jurídica para contratar se hace referencia a la posibilidad que tienen para adelantar actividades en el marco de su objeto social, a las facultades que le han sido otorgadas al representante legal y a la ausencia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar, derivadas de la ley.
* Por tanto, es claro que las ESAL tienen capacidad para contratar bajo las reglas del EGCAP al ser personas jurídicas consideradas legalmente capaces, en los términos del artículo 6 de la Ley 80 de 1993. En armonía con ello, el Decreto 092 de 2017 reguló un régimen especial de contratación; sin embargo, nada obsta para que las ESAL participen, en términos de igualdad con los demás oferentes, en los diferentes procesos contractuales que regula el EGCAP, siempre que cumplan con los requisitos exigidos en cada proceso, donde competirán con los demás proponentes. En este orden de ideas, las ESAL no solo pueden contratar bajo las reglas establecidas en el Decreto 092 de 2017, sino que también pueden intervenir en procesos de selección regidos por las reglas del

1 Consejo de Estado. Sentencia No. 1444 del 6 de febrero de 1987, M.P. POLICARPO CASTILLO DÁVILA

2 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C 178 de 29 de abril de 1996. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Expediente No. D-974.

3 Artículo 6o. De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes ”.

EGCAP, caso en el cual participan con las mismas reglas aplicables a los demás oferentes.

* Con fundamento a lo anterior, una entidad sin ánimo de lucro corresponde a una persona jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, cuya finalidad es que sus utilidades o beneficios sean reinvertidos en el objeto social para el cual han sido creadas, es decir, la finalidad no es repartir las utilidades a sus miembros, llámese asociados, fundadores o cooperados.
* Ahora bien, respecto a las inhabilidades, estas son circunstancias establecidas por la Constitución o la ley que impiden que personas naturales o jurídicas sean elegidas o designadas en un cargo público o celebren contratos con el Estado, con el objetivo de garantizar la idoneidad, imparcialidad, probidad, transparencia y moralidad de la función pública, garantizando el interés general.
* El régimen de inhabilidades para contratar con el Estado es un conjunto de restricciones establecidas por el constituyente o por el legislador que afectan directamente la capacidad de las personas para establecer relaciones contractuales con el Estado, que pueden resultar de condenas, sanciones o situaciones previamente establecidas por el ordenamiento jurídico. En esta medida, la Corte Constitucional explica que, “las inhabilidades representan una limitación a la capacidad para contratar con las entidades del Estado y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito en el sujeto incapacitado quien por esta razón no podrá hacer parte de una relación contractual” 4.
* Se puede afirmar que las inhabilidades son medios que garantizan la transparencia y eficiencia en la actividad contractual del Estado, imponiendo restricciones en la personalidad jurídica, la igualdad, la libre empresa y, particularmente, en el derecho a participar en procesos de selección y celebrar contratos con el Estado. La Corte Constitucional ha reconocido que estas limitaciones deben estar justificadas en la salvaguarda del interés general y que su lectura e interpretación es taxativa y restrictiva:

“Todo régimen de inhabilidades e incompatibilidades de suyo excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta

4 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1016 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio.

medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal [CC arts. 1502 y 1503; ley 80 de 1993, art. 6]. De ordinario, como ocurre en la contratación estatal, la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se erige en causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones (ley 80 de 1993, art. 44).

El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal [incompatibilidad o inhabilidad] no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado.”5

* Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley –o sea, deben satisfacer el principio de legalidad – y su interpretación debe ser restrictiva , pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos contemplarían múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Tal ha sido la postura de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.
* En efecto, el máximo tribunal constitucional ha indicado que, al tratar de precisar el sentido de este tipo de normas, «[…] el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas» 6.

5 CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2013. Rad. 25.646.

C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

6 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1039 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto.

* Por su parte, el Consejo de Estado ha acogido también este criterio, considerando –como expresa la Sala de Consulta y Servicio Civil–, que «La interpretación restrictiva de las normas que establecen inhabilidades constituye una aplicación del principio del Estado de Derecho previsto en el artículo 6º de la Constitución, según el cual “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes” lo que se traduce en que pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido» . En tal sentido, la Sección Tercera ha señalado que:

“[…] de conformidad con la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, la aplicación de las normas que contemplan inhabilidades e incompatibilidades, como en general de todas aquellas que comportan prohibiciones o limitaciones, deben responder a una interpretación restrictiva que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento.”7

* Así las cosas, las entidades sin ánimo de lucro, llámense asociaciones, , fundaciones o cooperativas, como personas jurídicas que son, estarán inhabilitadas según lo normado por el literal j), numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, en los siguientes eventos: (i) cuando su personería jurídica se haya suspendido por una causa legal, (ii) cuando sus representantes legales o miembros de junta directiva se hayan beneficiado de la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio del Estado y (iii) cuando se ha declarado administrativamente responsable a la persona jurídica por haber cometido la conducta de soborno trasnacional.
* En Colombia, no existe una ley que prohíba expresamente a las Entidades Sin Ánimo de Lucro (ESAL) participar en licitaciones de obra pública. Sin embargo, es fundamental que las ESAL cumplan con los requisitos legales y administrativos establecidos en la normativa de contratación pública.

# Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:

* Constitución Política
* Ley 80 de 1993, articulo 8
* Decreto 1082 de 2015

7 CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Rad. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E).

* Decreto 092 de 2017
* Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad

[https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_docume](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_esal.pdf) [nts/cce\_guia\_esal.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_esal.pdf)

* Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- Concepto No.0481 Entidades sin animo de lucro y donaciones [https://www.dian.gov.co/normatividad/Documents/Concepto\_unificado](https://www.dian.gov.co/normatividad/Documents/Concepto_unificado_ESAL_No_481_27042018.pdf)

[\_ESAL\_No\_481\_27042018.pdf](https://www.dian.gov.co/normatividad/Documents/Concepto_unificado_ESAL_No_481_27042018.pdf)

* CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1039 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto
* CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1016 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio.
* CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2013. Rad. 25.646. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
* CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Rad. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E).

# Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

Sobre las ESAL y el régimen de inhabilidades, esta Subdirección se pronunció en los conceptos C-073 del 22 de julio de 2024, C-045 del 24 de abril de 2024, C-003 del 2 de febrero de 2024, C-418 del 10 de octubre de 2023 C-355 del 2 de junio de 2022, C-203 del 13 de abril de 2022, C-552 del 31 de agosto del 2020 001 del 23 de abril de 2020, C ─ 007 del 4 de mayo de 2020, C ─ 011 del 27 de abril de 2020, C ─ 085 del 4 de marzo de 2020, C-192 del 31 de julio de 2024. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace:

<https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

También le invitamos a consultar las versiones I y II de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual, las cuales puede descargar en la página web de la Agencia: [https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-](https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital) [prensa/boletin-digital](https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital)

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

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

Atentamente,



Jose Gabriel Garcia

Elaboró:

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual Cielo Victoria González

Revisó:

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Carolina Quintero Gacharná

 Subdirectora de Gestión Contratual ANCP – CCE