



WORLD MOVEMENT *for* DEMOCRACY

Confronting the Challenges to Democracy in the 21st Century

National Endowment for
Democracy, Secretariat

1025 F St., NW, Suite 800
Washington, D.C. 20004

Tel: +202-378-9700
Fax: +202-378-9889

world@ned.org
www.wmd.org

La Defensa de la Sociedad Civil

*Estudio en Leyes y Regulaciones Que
Rigen Las Organizaciones de
La Sociedad Civil en
Colombia*

Autora:
Adriana Ruiz-Restrepo

Cuando se piensa en la defensa de la sociedad civil dos preguntas resultan pertinentes: de qué hay que defenderla y por qué hay que defenderla. La primera se responde identificando las amenazas que pesan sobre la sociedad civil. La segunda, apunta a entender cuáles son los valores que ameritan protección para así poder detectar cualquier amenaza que, directa o veladamente, ponga en riesgo dichos valores.

Este reporte inicia entonces por explicar brevemente cuáles son los valores que justifican salvaguardar a la sociedad civil, para luego entrar a desarrollar el temario sugerido. Esto permitirá evidenciar, a lo largo del documento, las diferentes amenazas que pesan sobre el espacio, la legitimidad o el funcionamiento efectivo de la sociedad civil colombiana, y de paso, vislumbrar en qué consistirían sus estrategias de protección y fortalecimiento.

Introducción

"Sociedad civil" es el término contemporáneo para definir lo que hace un par de siglos comúnmente se conocía como "el pueblo"; una concepción más dinámica del concepto de la "nación" que constituye a un Estado. De ahí pues que defender a la sociedad civil equivalga a querer salvaguardar al constituyente primario de un Estado Democrático y la posibilidad real que tienen los ciudadanos de reunirse, asociarse, informarse y expresarse -con facilidad y tranquilidad- frente a las autoridades que formulan e implementan las decisiones públicas del Estado, y en representación de los demás ciudadanos. Defender a la sociedad civil es, además, proteger el espacio con el que cuentan los ciudadanos para participar en la definición de su entorno (comunidad y medio ambiente) e incidir en la creación, adopción y el control de las decisiones públicas que los afectan. Sociedad Civil es el espacio en el que las personas, movidas por una lógica de civismo y solidaridad, terminan por influenciar, afectar o inclusive crear asuntos públicos.

Si defender a la sociedad civil es querer proteger todo lo dicho, entonces no es difícil concluir que la protección de la sociedad civil debe ser una tarea permanente para cualquier Estado contemporáneo. Así como una clarísima prioridad para aquellos países en los que la injusticia y la pobreza han dejado a muchos por fuera de la democracia y el desarrollo. Justamente es en estos países en que se requiere de más y mejor sociedad civil afín de facilitar que quienes están en indefensión, discriminación, empobrecimiento y/o marginación, puedan hacerse más visibles y empoderarse en la toma de decisiones que los afectan y de paso conectarse a través de redes con otras organizaciones cívico-solidarias (entidades sin ánimo de lucro) o intersectorialmente para lograr mayor relevancia e impacto en sus actividades o intereses.

Peter Drucker dijo que la nuestra es una civilización de organizaciones, así que es apenas natural y democrático que los ciudadanos también tengan las suyas para expresar su civismo y solidaridad en democracia; organizaciones que no son ni lucrativas por razones de inversión de capital, ni oficiales por razones de estructura del Estado. Este reporte se trata de las organizaciones de la sociedad civil en Colombia y del derecho, la disciplina que justamente tienen la capacidad de servir como muro de demarcación y primer frente de defensa y fortalecimiento del espacio público ciudadano.

I. DISPOSICIONES DE LA LEY GENERAL

Marco Jurídico General

El Estado Colombiano es una república unitaria que aunque no es federal, funciona en forma descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales, departamentos y municipios principalmente. Colombia es un Estado Social de derecho (art.1) según lo establece la Constitución Política de Colombia de 1991. Esto significa que tanto en las reglas jurídicas que se creen, como las decisiones públicas que se adopten, y las actuaciones que se implementen, la justicia material debe primar sobre el texto. Como resultado de la conquista española, el derecho en Colombia está inscrito en la familia del derecho civil. Una tradición jurídica que por extensión del derecho español refleja también el influjo del derecho francés napoleónico. Así, el colombiano es un derecho escrito, codificado y con un origen mucho más legislativo (y por ende político) que jurisprudencial, a diferencia del derecho común anglo-americano.

Varias disposiciones constitucionales reflejan la importancia de la sociedad civil en Colombia, pero en general puede decirse que el principio de participación (art.2), el deber de solidarizarse (art.95), la libertad de reunión (art.37), la libertad de asociación (art.38), la libertad de información (art.20), el derecho a formular peticiones de información a las autoridades (art.23), el derecho a la propiedad privada (art.58), y el derecho a donar (art.62) están garantizados en la Constitución.

La Carta Política tiene también otras normas constitucionales de gran importancia para la sociedad civil colombiana tales como, la obligación de promocionar y fortalecer a las organizaciones de la sociedad civil para facilitar la participación y el control (art.103); el trato preferente a las organizaciones solidarias para acceder a la propiedad (art.60); la prohibición de que las autoridades que detenten el poder público otorguen auxilios o donaciones, también conocidas como subvenciones, a entidades privadas sin ánimo de lucro (art.355) y el deber del Presidente de la República de velar porque la voluntad de quienes constituyan instituciones de utilidad común se mantenga y las rentas logren ser útiles a la comunidad en la forma prevista por el fundador (art.189-26).

Marco Constitucional General

Este marco constitucional está entonces expresamente orientado a proteger a los ciudadanos que, en forma individual u organizada, integren la Sociedad Civil colombiana y a proteger su espacio en la democracia. Dicha participación es fundamental para el Estado Social de Derecho colombiano en la medida en que, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional de Colombia. De hecho "*(...) El presupuesto central sobre el cual se construye este tipo de organización política es el de una íntima e inescindible interrelación entre las esferas del "Estado" y la "sociedad", la cual se visualiza ya no como un ente compuesto de sujetos libres e iguales en abstracto -según ocurría bajo la fórmula clásica del Estado liberal decimonónico-, sino como un conglomerado de personas y grupos en condiciones de desigualdad real, las cuales deben ser resueltas a través de una constante y fluida interacción entre la ciudadanía y las autoridades, a quienes se asigna, en tanto cometido esencial, la eliminación de la injusticia social.*"(Corte Constitucional, Sentencia T-772/03, MP Cepeda Espinosa)

Enderezada hacia este propósito, la Ley 489 de 1998, relativa a la organización y funcionamiento de la Administración Pública en Colombia, le establece como obligación, en su artículo 32, la de "*desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública*". Y la faculta a "*realizar todas las acciones necesarias con el objeto de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil*" en todas las etapas de la política pública: formulación; ejecución y control y evaluación. Para ello la ley sugiere por ejemplo, la realización de audiencias públicas; difundir, promover y fortalecer la participación y los derechos de los ciudadanos; incentivar la asociatividad; apoyar el control social y aplicar mecanismos de transparencia.

Tipos De Organizaciones De La Sociedad Civil

Las dos especies de personas jurídicas, de naturaleza y propósitos eminentemente civiles y por tanto aptas para incorporar las iniciativas permanentes y estructuradas de la sociedad civil, son la fundación y la corporación sin ánimo de lucro. Ambas tipologías fueron establecidas por el Código Civil de la Unión sancionado en 1873 y adoptado para la República de Colombia en 1887. Desde entonces, se han expedido diferentes normas tratando de responder a la evolución de los tiempos o las iniciativas de los congresistas. Sin que haya de por medio una política pública de Estado o siquiera una lógica sectorial, o un esfuerzo de sistematización o armonización normativa, ni mayores esfuerzos de investigación y enseñanza del derecho de lo no lucrativo (o derecho cívico-solidario como propone esta autora desde hace unos años para evitar las definiciones negativas), el ordenamiento ha tenido que aplicarse, cuando es que ello ocurre en este ámbito, a las obras religiosas de organizaciones pías de Popayán de finales del Siglo XIX, hasta las organizaciones con estatus consultivo ante la ONU en Nueva York, integradas ya a este siglo XXI de sociedad civil global y en plena interlocución con las entidades multilaterales que lo orientan.

Si a ello se suma la ausencia de legislación técnica y sistémica en la materia es lógico comprender que conocer y comprender el derecho que enmarca a las organizaciones de la sociedad civil exige un enorme esfuerzo intelectual, de investigación y recursos para el acceso bibliográfico, salvo que se cuente con acceso a internet y datos identificadores de la norma. En efecto, al tratar de hacer una lectura articulada de las diversas disposiciones que rigen a la sociedad civil organizada, saltan muchas contradicciones entre normas, tipologías y términos que generan una grave incertidumbre jurídica y un amplio margen de interpretación discrecional y por ende variable de funcionario a funcionario. Lo que se establece en los textos claramente no es suficiente para la comprensión de la regla y a veces, como se verá más adelante, apenas si se aplica. En este mismo sentido, un estudio de Johns Hopkins sobre el Sector Sin Ánimo de Lucro en Colombia anota una conclusión que mantiene aún toda su vigencia: "*(...) Las tipologías y definiciones formales del sector son con frecuencia vagas y cambiantes. En términos legales, con la excepción de la legislación tributaria y una legislación más reciente relativa al registro de organizaciones, no hay ningún cuerpo normativo que abarque a todas las entidades sin ánimo de lucro. (...) Cada uno de los términos empleados para representar al sector hace énfasis en características*

*que son útiles para determinar la inclusión o exclusión de organizaciones específicas. Al mismo tiempo, no obstante, muchas de las características son usadas por dos o más términos."*¹

Antes de pasar a explicar las dos especies de personas jurídicas sin ánimo de lucro en el ordenamiento colombiano es importante anotar que hay una gran variedad de tipos de personas jurídicas dentro del sector no lucrativo o de la sociedad civil colombiana. Entre otros tipos de organizaciones de origen civil y propósitos de interés colectivo o general se cuentan: Veedurías, Juntas de Acción Comunal, Organizaciones De Voluntariado - ODVs, Cooperativas, Administradoras Públicas Cooperativas, Instituciones Auxiliares Cooperativas, Precooperativas, Cooperativas de Trabajo Asociado, Empresas Comunitarias, Mutuales y Fondos de Empleados, entre otros. Para facilitar la descripción de este sector la autora, ante la ausencia de otra categorización conocida, explica estos tipos en torno al nivel de solidaridad que las cohesiona como expresión ciudadana. En términos generales, se argumenta que hay organizaciones de solidaridad simple en las que la solidaridad es básica pues sólo se necesita y alcanza para crear una vocería o beneficio único frente a un asunto de interés común, como una organización de copropietarios o un club social. Las que ejercen una solidaridad cerrada que beneficia, principalmente, a quienes están asociados para la ayuda mutua o colectivizar un esfuerzo, como las cooperativas, sindicatos, mutuales y fondos de empleados. Y otras que, ejerciendo una solidaridad abierta, son altruistas o filantrópicas y por ende están orientadas a impactar en el ámbito de los asuntos que son de utilidad general de la comunidad nacional y por ende repercuten o apuntan en lo público e impactan en el interés general. Las que de solidaridad cerrada constituyen lo que en Colombia se denomina oficialmente como el Sector Solidario y que está compuesto por las Organizaciones de la Economía Solidaria según lo establecido por el legislador. Las segundas, las de solidaridad abierta, son las que, para efectos de identificación doméstica he venido identificando como Organizaciones Solidarias de Desarrollo y que, tanto por costumbre como doctrina, se denominan en buena parte del mundo, como organizaciones de la sociedad civil u OSCs, tal y como lo sugiere este reporte. En cuanto a las organizaciones de solidaridad simple éstas no se entienden técnicamente como parte de un sector cohesionado en torno a lo cívico-solidario sino más bien como una herramienta de asociatividad para facilitar el desarrollo de un interés principalmente personal.

Aunque los tipos puedan ser muchos, como ya se anotó, el derecho privado prevé la existencia solamente de "dos especies" de personas jurídicas sin ánimo de lucro, las corporaciones y las fundaciones. Es el artículo 633 del Código Civil el que establece la existencia de (a) corporaciones y (b) fundaciones de beneficencia pública, aunque no las entra a definir puntualmente -y hasta hubiera dicho que podría haber personas jurídicas híbridas que participaran de uno y otro carácter, inciso que ya no es

¹ Villar, Rodrigo "Defining the Nonprofit Sector: Colombia" working papers of the Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project, no.29 Editado por Lester M. Salamon y Helmut K. Anheier. Baltimore: The Johns Hopkins Institute for Policy Studies, 1998, p.11 "(...) Formal typologies and definitions of the sector are often vague and changing. In legal terms, with the exception of tax legislation and recent legislation regarding the registration of organizations, there is no normative body that covers all nonprofit organizations. (...) Each of the terms used to depict the sector emphasizes characteristics that are useful for determining the inclusion or exclusion of specific organizations. At the same time, however, many of the characteristics are shared by two or more terms."

aplicable². Otro artículo es el que permite su demarcación conceptual y ubicación en ámbito eminentemente cívico-solidario. El artículo 635 excluye tanto a corporaciones lucrativas que denomina sociedades industriales y remite a otros apartes del código y al código de comercio puntualmente, como a establecimientos o instituciones públicas que el legislador ahí señala como corporaciones o fundaciones de (i) derecho público y (ii) con financiación del tesoro nacional. Excluidas ya las corporaciones mercantiles y las instituciones estatales, a continuación la descripción de las dos especies de personas jurídicas sin ánimo de lucro sobre las que pivota y se dinamiza la sociedad civil colombiana.

La Corporación- Como la mayoría de las sociedades (o corporaciones lucrativas), la corporación sin ánimo de lucro (en adelante Corporación) es una especie de persona jurídica civil de sustrato eminentemente personal. Es decir, resulta de la asociación de dos o más personas para efectos de incorporarse como sujeto de derechos y obligaciones a parte entera. Es una persona jurídica, civil, autónoma, enderezada a perseguir un objetivo preestablecido y conforme a los estatutos que gobiernan privadamente a la organización según lo acordado por los asociados. Es importante señalar que frecuentemente se utiliza en Colombia como sinónimo de corporación, la locución "*asociación*" que, estrictamente hablando no es una especie de persona jurídica prevista por el Código Civil sino la libertad constitucional de la que las personas hacen uso constituirse como corporación. De ahí que en muchos textos se hable de las asociaciones como un tipo de persona jurídica de la sociedad civil. Es estricto sentido jurídico y por rigor de análisis, en este documento se preferirá utilizar únicamente el término corporación.

Los colombianos pueden asociarse, tal y como lo prevé el artículo 38 de la Constitución, para desarrollar "*las distintas actividades que las personas realizan en sociedad*", y podrán incorporarse como persona jurídica, las personas legalmente capaces que consientan en asociarse unas con otras, y lo hagan por una causa y objeto lícito. Ahora bien dentro de las muchas actividades que se realizan en sociedad existen diferentes propósitos y niveles de impacto. Así, los colombianos podrán asociarse para ayudarse mutuamente³, crear un fondo de ahorros⁴; asociarse para unir su capacidad de trabajo o industria o bien consolidar aportes en capital o especie para poder emprender solidariamente⁵; para crear un gremio; para debatir y proponer asuntos públicos y/o políticos, culturales y realizar voluntariado, crear veedurías ciudadanas o solidarizarse con causas humanitarias y de desarrollo, entre muchas otras actividades más.

² Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección primera. 6 de Octubre de 1977. MP: Carlos Galindo Pinilla. Exp. 2425. "(...), no cabe ninguna posibilidad de aplicación de lo preceptuado en el inciso final del artículo 633 del C.C en cuanto prevé la hipótesis de Corporaciones o de Fundaciones que participen de uno u otro carácter."

³ Decreto Ley 1480 de 1989. Artículo 2.

⁴ Decreto Ley 1481 de 1989. Artículo 2 y 4

⁵ La Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 6 de mayo de 1954 explicó que: "La asociación o corporación es una especie de persona jurídica no lucrativa (C.C., artículo 363)", porque persigue fines elevados de bienestar humano, y las cooperativas pertenecen a esta especie". Ver también, Ley 454 de 1998, artículos 2 y 6.

La Fundación- La "*fundación de beneficencia pública*" es la otra especie de persona jurídica a la que refiere el Código Civil. Esta contrasta con la corporación en que es de sustrato patrimonial y por tanto pivota sobre la masa de bienes que destine quien o quienes la funden a un fin específico. Se trata de un patrimonio que adquiere autonomía y capacidad de obrar como sujeto de derecho y obligaciones autónomo que se administra conforme la voluntad del fundador o fundadores. Tan esencial será el patrimonio a la fundación que el legislador prevé que al extinguirse los bienes acaba la fundación, según el artículo 652 del Código. De hecho el origen de la fundación se remonta a los "*legados modales y donaciones del Derecho Romano que se dedicaban al culto de los antepasados, y en las entidades fiduciarias con fines asistenciales. Durante muchos siglos se caracterizaron por conexión con la iglesia, a través de lo que se conoce como causas pías, que aparecieron en la última fase del Derecho Romano, y consistían en la vinculación de bienes a la realización de obras benéficas duraderas o perpetuas en sufragio del alma.*"⁶ Tal es la genealogía de su vocación a la beneficencia pública, la filantropía y el bien común. La Constitución de 1886 introdujo al ordenamiento la noción de "*instituciones de utilidad común*" con lo que cual el constituyente (i) comprendió a las fundaciones dentro del concepto de instituciones y (ii) al objetivo de beneficencia pública bajo la noción de utilidad común y afianzó el sentido de altruismo patrimonial. La Constitución de 1991 mantuvo esta noción.

Desafortunadamente en Colombia no hay mayor consistencia entre la teoría y la práctica en esta materia. No sólo en el país se puede crear sin una fundación sin patrimonio alguno⁷ (basta consignar un monto cualquiera en el papel para satisfacer el requisito de trámite) sino que por falta de técnica jurídica del legislador y reglamentador/regulador no hay claridad en el ordenamiento aplicable. En efecto leyes posteriores al Código han provocado confusión en el ámbito jurídico de la sociedad civil organizada. Por ejemplo, la Ley 22 de 1987 estableció una obligación de "reconocer y cancelar personería jurídica a las Asociaciones, Corporaciones, Fundaciones e Instituciones de utilidad común (...)" y abrió la interpretación hasta el punto de que un ciudadano cualquiera puede entender que hay cuatro especies de personas jurídicas en vez de dos. De otra parte la Ley 489 de 1998, debilitó los límites del espacio civil pues autorizó en sus artículos 95 y 96 la creación de "asociaciones" del orden oficial o estatal y "asociaciones" y "fundaciones" mixtas. Así como el Decreto 3130 de 1968, en línea con el Código Civil, claramente establecía que las fundaciones, en tanto instituciones de utilidad común, eran personas jurídicas privadas creadas por iniciativa particular y sujetas a las reglas del derecho privado y que no podrían estar ni adscritas ni vinculadas a la administración pública, la Ley 489 de 1998 autorizó que las

⁶ Morillo González, Fernando, "La fundación: concepto y elementos esenciales", Editorial Tecnos, Madrid 2001, P.13

⁷ Así lo explica el profesor Tafur Galvis: "La ley colombiana no exige, de manera general, una relación de proporción entre la dotación inicial y las actividades y finalidades contempladas por el fundador; por eso, usualmente el reconocimiento como personas jurídicas se otorga a fundaciones que carecen de recursos necesarios, tanto para el cumplimiento de las finalidades generales propuestas por el fundador, como para el establecimiento mismo de actividades específicas e inmediatas..De otra parte, con la doctrina más reciente, ha de señalarse que junto a las fundaciones de corte tradicional (con dotación patrimonial inicial), han ido surgiendo las fundaciones denominadas "de tipo gerencial", como las de promoción y financiamiento, que ponen su acento más que en las rentas de su patrimonio, en la capacidad de generar fondos, de atraer recursos, trasladando el punto clave de la dotación a la organización."

asociaciones entre entidades estatales y las asociaciones y fundaciones entre entidades del Estado y ciudadanos organizados, se rijan por el derecho civil.⁸ A esto se suma que alrededor del año 2000 y con el impulso que la globalización le dio a las ONGs en el mundo, en Colombia las autoridades empezaron a crear reglas que, con mayor frecuencia refieren, ahora, además, a las ONGs⁹. Tal y como si se tratara de una especie o tipo de persona jurídica sin ánimo de lucro; el legislador la hubiere ya definido; o todo el país tuviera precisión en la acepción y sentido del concepto y del término cuando éste se emplea jurídicamente. La Ley 590 de 2000, por ejemplo se refirió a las "*organizaciones no gubernamentales*" y luego, entre otros, los Decretos 3078 de 2006 y 519 de 2003 acortaron la expresión a "ONG". En conclusión, en la práctica del derecho de lo no lucrativo colombiano, casi todo es posible: una fundación aunque se defina patrimonialmente puede crearse sin aportes económicos, una corporación es lo mismo que una asociación, y la actividad podrá ser para el beneficio de sus asociados o de utilidad común como la fundación. A su vez podrán ser privadas de derecho civil y creadas por voluntad privada o bien pública con la participación total o parcial del Estado. Todas ellas podrán ser entendidas como ONG, o no, y dependiendo de su propósito a veces muy atacadas por el gobierno y otras veces sus grandes aliadas.

Aunque originalmente se entendió que todas las fundaciones son instituciones de utilidad común, y por tanto ambos términos eran sinónimos, máxime si toda la disposición pivota para la protección de la voluntad de fundador, esta noción también abarca, en la actualidad, a las corporaciones que busquen objetivos de igual trascendencia. En este sentido lo confirma el ex -magistrado y profesor Álvaro Tafur Galvis, quien ha explicado que "*la prosecución de finalidades de interés general (bien común) no es exclusiva de las fundaciones.*"¹⁰

II. CREACIÓN Y REGISTRO

De hecho, no siempre es necesario constituir una persona jurídica, pues las reuniones de grupos y los movimientos sociales están también autorizados por la Constitución. Ahora, si los ciudadanos deciden estructurarse e incorporarse como persona jurídica ésta podrán realizar un número de actividades indeterminado. Máxime, si a ello se suma que en materia civil o ciudadana todo lo que no está prohibido está permitido. De ahí que tanto en teoría como en práctica, en Colombia sea factible constituir tanto

⁸ De hecho la corte corrigió esto, al explicar que "las características de persona jurídica sin ánimo de lucro y la sujeción al derecho civil se entienden sin perjuicio de los principios y reglas especiales propios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución, que para el derecho civil y normas complementarias no resultan de aplicación estricta e imperativa."

⁹ ONG es un término de diplomacia y política internacional, de hecho el concepto de ONG se acuñó en la comunidad internacional con ocasión de la elaboración de la carta de naciones unidas y para diferenciar la información que era provista por los gobiernos de aquella información provista por quienes no hablaban ante la ONU ni informaban a esta en nombre del gobierno bajo examen. Se estableció para lograr un mayor equilibrio en la información que se recogiera sobre los Estados Miembros en cumplimiento de sus obligaciones suscritas y ratificadas. Ver artículo 71 de la Carta de naciones Unidas de 1945.

¹⁰ Tafur Gálvis, Álvaro, "Las Personas Jurídicas Privadas Sin Ánimo De Lucro y El Estado" Editorial Temis: Bogotá, 1990, p. 31

fundaciones¹¹ como corporaciones con actividades orientadas a propósitos políticos. Es más, inclusive en temas de seguridad y paz, relativos al conflicto, tampoco hay límite expreso. De hecho, y con gran impulso de quien entonces fuera el gobernador de Antioquia, y ahora es el Presidente de Colombia actual, se crearon hace unos años asociaciones y cooperativas de vigilancia rural o campesina llamadas "convivir"¹². La Corte Constitucional en sentencia, C -572 de 1997, un fallo que estuvo lejos de la unanimidad entre magistrados, estimó que los propósitos de seguridad de estas organizaciones pueden ser entendidos como expresión colectiva del derecho a la legítima defensa ciudadana. No obstante la Corte limitó sus actividades sólo a la defensa, no al ataque, y al uso de armas que no fueran de uso privativo de las fuerzas armadas de Colombia; diez años después el país confirmó que estas OSCs terminaron por fortalecer la guerra¹³. También han surgido, en este contexto, OSCs de iniciativa mucho más civil que oficial dirigidas a defender los derechos humanos de las víctimas del conflicto (sean estas víctimas de los paramilitares, la guerrilla o hasta del Estado). Su propósito que con frecuencia implica crítica frontal al gobierno, ha desembocado en fuertes enfrentamientos con el ejecutivo cuyo tono y fácil estigmatización de ONGs con el terrorismo frente a la opinión pública nacional, llevo a una exhortación de la Corte al Presidente¹⁴. Recientemente, una OSC ha querido iniciar un diálogo

¹¹ Ejemplo de fundación reportado en la prensa "(...) está a punto de dar otro paso el próximo jueves. Ese día

lanzará la Fundación Por el País que Queremos, un nombre que guarda una gran similitud con el plan de gobierno que desarrolló en la alcaldía -" <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1337478>

¹² "Las cooperativas y asociaciones que se llamarán Convivir, deben actuar con rapidez y suficiente energía, para

notificar a los bandoleros que este es un país de instituciones y de paz, que se debe respetar a las buenas o a las malas." (1995) <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-307514> "El oficial dijo que como las Convivir operan en áreas rurales pueden aportar valiosa información al DAS para enfrentar la guerrilla, el paramilitarismo y

la delincuencia común." <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-676047>

¹³ <http://www.semana.com/noticias-nacion/convivir-paras-amor-primera-vista/102193.aspx>

¹⁴ En una alocución el Presidente dijo que "(...) entre los críticos yo observo teóricos, de quienes discrepo, pero a

quienes respeto. Observo organizaciones respetables de derechos humanos, que tienen todo el espacio en Colombia y tienen que gozar de toda la protección de nuestras instituciones. Y observo también escritores y politiqueros que finalmente le sirven al terrorismo y que se escudan cobardemente en la bandera de los derechos humanos (...)Y el tercer grupo. Politiqueros al servicio del terrorismo, que cobardemente se agitan en la bandera de los derechos humanos, para tratar de devolverle en Colombia al terrorismo el espacio que la Fuerza Pública y que la ciudadanía le ha quitado. Cada vez que en Colombia aparece una política de seguridad para derrotar al terrorismo, cuando los terroristas empiezan a sentirse débiles, inmediatamente envían a sus voceros a que hablen de derechos humanos. Muchas de esas críticas las han tomado de la página de internet de las Farc. No tienen vergüenza ni limitaciones. Sacan libros en Europa sobre rumores y calumnias. Ellos saben que su única arma es la calumnia que hipócritamente se esconde detrás de los derechos humanos.(...)Las verdaderas organizaciones de derechos humanos, que aquí tienen el espacio que se las ha negado en países con menores dificultades (...)Y hablan los politiqueros de derechos humanos de política social. ¡Por Dios!. Ellos y los terroristas que ellos defienden han producido el desplome social de la Nación (...) Estos profetas del desastre, que no ven luces sino cuando el terrorismo es campeón, hablan de las restricciones democráticas. ¿Cuáles? Colombia tiene la mejor libertad de prensa y opinión del mundo entero.(...) Aparecieron colectivos y abogados, aparecieron bajo uno y otro nombre, voceros del terrorismo (...)Y tienen los recursos para publicar libros y mancillar la honra de nuestros generales y de los colombianos que batallamos contra el terrorismo, y no tienen vergüenza ni pudor y engañan a la opinión internacional con libros sin fuentes serias." Esto dio lugar a que varias ONGs solicitaran a la Corte una

ciudadano y epistolar con la guerrilla para la liberación de secuestrados. Argumentando intereses proselitistas de la Senadora que inicio la OSC, que ha logrado ya seis liberaciones de colombianos secuestrados, el Presidente prohibió su intervención en futuras liberaciones arguyendo la orientación política y la afinidad con la guerrilla de la organización. En conclusión, así el Estado a través de la Constitución autorice los más diversos propósitos para las organizaciones civiles, en la práctica esto suele dificultarse cuando resulta que el propósito va abiertamente en contravía de la orientación o ideología del gobierno.

Pasando al tema, ya no de actividades y objetivos de las organizaciones, sino de las formalidades necesarias para constituir y registrar a una corporación o fundación, lo primero que exige la ley es que la organización se dé unos estatutos de constitución, sus reglas propias de gobierno interno. Los estatutos deberán consignarse en un documento privado, con presentación ante notario, o bien en escritura pública notarizada y en virtud, del Decreto 2150 de 1995, deberán como mínimo consignar lo siguiente: el nombre, identificación y domicilio de las personas que intervengan como otorgantes; el nombre de la organización; la clase de persona jurídica; su objeto; el patrimonio y la forma de hacer los aportes; la forma de administración con indicación de las atribuciones y facultades de quien tenga a su cargo la administración y representación legal; la periodicidad de las reuniones ordinarias y los casos en los cuales habrá de convocarse a reuniones extraordinarias; la duración precisa de la entidad y las causales de disolución; la forma de hacer la liquidación una vez disuelta la corporación o fundación; las facultades y obligaciones del revisor fiscal, si es del caso; y el nombre e identificación de los administradores y representantes legales. Como ya se mencionó una fundación podrá constituirse por una sola persona y la corporación con dos asociados como mínimo. En ningún caso se exigirá realmente - en la práctica- un patrimonio como dotación inicial. Además de los estatutos, al momento del registro se debe, según el Decreto 427 de 1996, artículo 1, suministrar la dirección, teléfono y fax de la persona jurídica.

Es importante anotar que durante mucho tiempo los estatutos de las personas jurídicas sin ánimo de lucro requirieron del estudio y aprobación del Ministerio de Justicia para otorgar o no la personería jurídica, y que luego esta función de aprobación estatutaria pasó a los Gobernadores y al Alcalde Mayor de Bogotá. Sin embargo, desde la expedición del Decreto Ley 2150 de 1995, la personería jurídica de las OSCs ya no se reconoce sino que se tramita¹⁵ siguiendo y bajo la misma lógica de facilitación de

acción de tutela. La corte en función pedagógica constitucional explico en su sentencia T-1191/04 que : "(...) De todo lo anterior se colige que las alocuciones públicas del Presidente de la República no son absolutamente libres, y que (i) deben respetar estrictos parámetros de objetividad y veracidad cuando simplemente se trata de transmitir información o datos público; (ii) que resultan más libres a la hora de sentar posiciones políticas, proponer políticas gubernamentales o responder a las críticas de la oposición, pero que aún en estos supuestos las expresiones del primer mandatario deben ser formuladas a partir de mínimo de justificación fáctica real y de criterios de razonabilidad, y (iii) que en todo caso su comunicación con la Nación debe contribuir a la defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de aquellas que merecen especial protección."

¹⁵ Decreto 2150 de 1995, artículo 40. "Suprímese el acto de reconocimiento de personería jurídica de las organizaciones civiles, las corporaciones, las fundaciones, las juntas de acción comunal y de las demás entidades privadas sin ánimo de lucro. (...)"

negocios comerciales¹⁶ para el empresarismo colombiano (así las OSCs, por su naturaleza y propósito, trasciendan hasta lo público e impacten en lo social). El Estado delegó en las Cámaras de Comercio del país,¹⁷ la función pública del manejo del reconocimiento de personería jurídica del grueso de la sociedad civil organizada en Colombia. Cabe señalar que este Decreto aumenta a la confusión en materia de criterios de clasificación y tipologías pues al enlistar las organizaciones que deben registrarse en Cámara¹⁸ no se vislumbra un criterio expreso y preciso y en cambio traslapa características de unas con otras. El decreto exceptúa del registro en Cámara de Comercio que ahí crea, no sólo a las personas jurídicas contempladas en el artículo 45 del Decreto 2150 de 1995 sino a las siguientes: "1. Las entidades privadas del sector salud de que trata la Ley 100 de 1993; 2. Las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos de que trata la Ley 44 de 1993; 3. Las personas jurídicas extranjeras de derecho privado sin ánimo de lucro, con domicilio en el exterior y que establezcan negocios permanentes en Colombia; 4. Establecimientos de beneficencia de instrucción pública de carácter oficial y corporaciones y fundaciones creadas por leyes, ordenanzas, acuerdos y decretos regulados por el Decreto 3130 de 1968 y demás disposiciones pertinentes; 5. Las propiedades regidas por las leyes de propiedad horizontal, reguladas por las Leyes 182 de 1948 y 16 de 1985; 6. Cajas de compensación familiar reguladas por la Ley 21 de 1982; 7. Cabildos indígenas regulados por la Ley 89 de 1890; 8. Entidades que conforman el Sistema Nacional del Deporte de los niveles nacional, departamental y municipal regulados por la Ley 181 de 1995 y Decreto ley 1228 de 1995; 9. Las organizaciones gremiales de pensionados de que trata la Ley 43 de 1984; y 10. Las casas cárcel de que trata la Ley 65 de 1993."

Exceptuadas estas organizaciones, el procedimiento general de registro ante la Cámara consiste en allegar los estatutos y llenar un formulario interno en el que se consigne en un formato, información

¹⁶ Colombia ha subido 30 puestos, logrando estar dentro de los 10 primeros países más reformadores, en función de la facilidad de hacer negocios.

<http://www.mincomercio.gov.co/econtent/NewsDetail.asp?ID=7086&IDCompany=1>

¹⁷ Decreto Ley 2150 de 1995 : Que es voluntad del Gobierno, en cumplimiento de los fines esenciales del Estado,

promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, mediante la eliminación de toda regulación, trámite o requisito que dificulte el ejercicio de las libertades ciudadanas,(...)

¹⁸ Deben registrarse ante la Cámara: 1. Juntas de Acción Comunal; 2. Entidades de naturaleza cooperativa; 3.

Fondos de Empleados; 4. Asociaciones mutuales, así como sus organismos de integración; 5. Instituciones auxiliares del cooperativismo; 6. Entidades ambientalistas; 7. Entidades científicas, tecnológicas, culturales e investigativas; 8. Asociaciones de copropietarios coarrendatarios, arrendatarios de vivienda compartida y vecinos, diferentes a las consagradas en el numeral 5o. del artículo siguiente; 9. <Numeral derogado por el artículo 1o. del Decreto 1422 de 1996.> Instituciones de utilidad común que prestan servicios de bienestar familiar; 10. Asociaciones agropecuarias y campesinas nacionales y no nacionales; 11. Corporaciones, asociaciones y fundaciones creadas para adelantar actividades en comunidades indígenas; 12. Gremiales; 13. De beneficencia; 14. Profesionales; 15. Juveniles; 16. Sociales; 17. De planes y programas de vivienda; 18. Democráticas, participativas, cívicas y comunitarias; 19. Promotoras de bienestar social; 20. De egresados; 21. De rehabilitación social y ayuda a indigentes, drogadictos e incapacitados, excepto las del numeral 1o. del artículo siguiente; 22. Asociaciones de padres de familia de cualquier grado; 23. Las demás organizaciones civiles, corporaciones, fundaciones y entidades privadas sin ánimo de lucro no sujetas a excepción.

idéntica a la de los estatutos sobre las actividades a realizar por la organización, los datos del representante legal y un funcionario de la Cámara asigna, con base en las actividades de la organización, las obligaciones tributarias de la organización y la entidad que deberá vigilarla. Aquí es importante señalar que la organización de vigilancia es la que a bien tenga sugerir el funcionario de turno, pues ni hay un listado público de opciones, ni los ciudadanos tienen cómo saber cuál es con precisión la entidad de vigilancia ni el alcance de su control. Con el lleno de este formulario automáticamente se obtiene, además, un Número de Identificación Tributaria-NIT provisional. El formulario y los estatutos se entregan, y luego de pagar 26.000 pesos colombianos, por concepto de derechos de registro, en una de las ventanillas de la Cámara, veinticuatro horas después se informa si los estatutos fueron aprobados o si debe realizarse alguna corrección. En este caso, una carta expresamente explica los asuntos de forma que deberán modificarse, con la ayuda de los abogados de la Cámara. Una vez corregidos y aceptados deben transcurrir tres días para saber si el Número de Identificación Tributaria provisional queda asignado definitivamente, si es así la organización queda creada con el lleno de los requisitos y puede solicitarse su Certificado de Existencia y Representación Legal¹⁹. Con un Certificado de Existencia y Representación Legal y la hoja que provisionalmente asignará el NIT se solicita en la sede de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales una resolución oficial que autoriza a imprimir facturas de venta a nombre de la organización. También se deberán inscribir ante la Cámara los libros contables y de actas para su numeración con un costo de 8.600 pesos por libro registrado y como lo recuerda la Cámara, deberá enviarse copia integral de los estatutos a la entidad a la que le corresponda realizar la vigilancia de la organización.

Si bien cualquier persona puede solicitar la certificación de existencia y representación legal de una OSC constituida, para ello es necesario tener datos identificadores pues en el país no existe, a la fecha, un registro integral nacional o local de acceso público que dé cuenta de todas las organizaciones registradas, sus representantes, actividades y propósitos. En conclusión, en materia de establecimiento y registro de OSCs en Colombia es necesario anotar que si bien el texto legal da enorme facilidad para constituir OSCs en Colombia, entonces en la práctica se puede abusar de esa libertad hasta el disfuncionamiento de la sociedad civil y la corrupción y el delito de algunas falsas OSCs. Por ejemplo para evadir la ley que impone el cierre los establecimientos abiertos al público a una determinada hora, una discoteca podrá adoptar la forma de club social y así impedir la entrada a la policía que requerirá de orden escrita para poder entrar a la sede. Otros casos evidencian una mayor desnaturalización de las OSCs, que, al crearse fácilmente y prácticamente carecer de control, sirven para facilitar actividades criminales²⁰. Si bien es cierto que la agilidad del registro promueve la expansión de la sociedad civil,

¹⁹ Decreto 2150 de 1995, artículo 43, "La existencia y la representación legal de las personas jurídicas de derecho privado a que se refiere este capítulo, se probará con certificación expedida por la Cámara de Comercio competente, la cual llevará el registro de las mismas, con sujeción al régimen previsto para las sociedades comerciales y en los mismos términos, tarifas y condiciones que regulan sus servicios."

²⁰ Reporta la prensa sobre "Un clan que lideraron los temibles hermanos (...) el primero, conocido con el alias de

Giovanni, quien tenía la misión de manejar las bandas criminales a nivel nacional. Y como si fuera poco, su cercanía con los hermanos Vicente y Carlos Castaño se cristalizó a través de un negocio: la compra de la finca La Gitana a la Fundación por la Paz de Colombia, Funpazcor, entidad donde se cocinaron estrategias del paramilitarismo."

<http://www.elespectador.com/node/136622>

también es cierto que puede desviarse en una laxitud tal que lleve al deterioro de los valores fundamentales de la sociedad civil en democracia y para el desarrollo y a servir para fines ajenos a la ley y el civismo y la solidaridad que la caracterizan.

III. SUPERVISIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY

Autoridades Regulatoras

En Colombia, la regulación sobre personas jurídicas sin ánimo de lucro es competencia del legislador. Corresponde al Congreso expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución²¹. En particular es responsabilidad del Presidente de la República de Colombia, en virtud del numeral 26, artículo 189 de la Carta Política: "*Ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores.*" Con Ley 22 de 1987 el Congreso autorizó delegar la función constitucional presidencial de inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común, en cabeza de los 32 gobernadores del país y el Alcalde Mayor de Bogotá, Distrito Capital. Luego la Ley 22 de 1987 se desarrolló por el Decreto Nacional 1529 de 1990 para todas las 32 gobernaciones del país, y por el Decreto Distrital 059 de 1991 para la ciudad de Bogotá Distrito Capital.

La Ley 22 de 1987 delegó en Gobernadores y Alcalde Mayor no sólo (i) la función de inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común, sino (ii) el estudio de estatutos y aprobación de personería jurídica de todas las fundaciones y corporaciones sin ánimo de lucro que se crearan en su territorio. Como ya se anotó, posteriormente el Decreto Ley 2150 de 1995 suprimió el proceso de aprobación de la personería jurídica para el reconocimiento, y lo convirtió en un trámite de las Cámaras de Comercio del país. La delegación explícita de una función, y el silencio que se guardó sobre la otra función, provocó confusión respecto del alcance de las de las funciones en una y otra parte. Se ha interpretado, y así ocurre hoy en la práctica, que el legislador²² dejó en las Gobernaciones y la Alcaldía Mayor la función de inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común y entregó a las Cámaras de Comercio la función de reconocimiento de personería jurídica solamente. Cabe destacar que el Decreto 1529 de 1990 fue desarrollado con un poco más de técnica jurídica que la Ley 22 de 1987 que le dio origen, pues en éste se señala, en línea con el Código Civil, que hay dos especies de personas jurídicas, "*la corporación o asociación*" y "*la fundación o institución de utilidad común*". El mismo decreto radica en cabeza de Gobernadores la obligación de controlar²³, de oficio o a petición de

²¹ Constitución Política, Art. 150 numeral 8

²² Es tal el nivel de ambigüedad y confusión que generan normas no sistémicas en el ordenamiento que, por

muchos años, los certificados de existencia y representación legal de fundaciones y corporaciones registradas ya ante la Cámara de Comercio se siguieron llevando a la Gobernación/Alcaldía para que se las reconociera por acto administrativo publicado.

²³ Decreto 1529 de 1990, Artículo 7. CANCELACION DE LA PERSONERIA JURIDICA. El Gobernador del

Departamento podrá cancelar, de oficio o a petición de cualquier persona, la personería jurídica de las asociaciones o corporaciones y fundaciones o instituciones de utilidad común, o la inscripción de sus dignatarios, incluyendo la del representante legal, además de los casos previstos en la ley, cuando sus actividades se desvíen del objetivo de sus estatutos, o sean contrarias al orden público, a las leyes o a las

parte, y so pena de cancelación de la personería jurídica, las actividades de la organización, corporación o fundación para verificar que éstas (a) no contravengan normatividad aplicable; (b) no se desvíen del objeto de sus estatutos, ni (c) resulten contrarias a las leyes o al orden público. De ahí que sea posible concluir que la supervisión genérica sobre todas las OSCs, además de la de origen constitucional y presidencial exclusiva a instituciones de utilidad común, y relativa a la supervisión del cumplimiento de los estatutos que se diera la propia organización al momento de crearse, es función también de los Gobernadores y el Alcalde Mayor²⁴. Así que, la función administrativa de verificar que las actividades y el objetivo por el cual supuestamente se constituyó una organización como sujeto de derecho y obligaciones corresponden a lo que expresamente se pactó por parte de los asociados o el fundador en los estatutos. Este control que llamo *control de existencia y legitimidad* propio al ejecutivo departamental y distrital es el que le permite (Decreto 1529 de 1990, artículo 23) a las Gobernaciones y a la Alcaldía Mayor cancelarle a cualquier fundación o corporación su personería jurídica (Decreto 1529 de 1990, artículo 7).

El Decreto trata también sobre la obligación de inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común y da pie a interpretar, y de conformidad con lo que pasa en la práctica, que podrán también, tenerse jurídicamente por instituciones, o mejor, organizaciones de utilidad común, las corporaciones que tengan un objeto que, como cualquier fundación, trascienda hasta ser de utilidad común. Establece el Decreto que, en virtud de la facultad de inspección y vigilancia, la autoridad puede solicitar documentos, hacer visitas a la organización y atender las sesiones de elección de dignatarios. En decretos complementarios también se ha facultado a los Gobernadores así como al Alcalde Mayor, a solicitarle a las organizaciones de utilidad común, y con arreglo a las normas vigentes sobre la materia, los estatutos de la entidad, los proyectos de presupuesto y los balances de cada ejercicio, en virtud del artículo 2 del Decreto 1318 de 1998. En todo caso, y respecto de la inspección y vigilancia de utilidad común, el Gobernador podrá ordenar visitas a las dependencias de la entidad y pedir la información y documentos que considere necesarios. Así mismo podrá asistir, directamente o a través de un delegado, a las sesiones que realicen las Asambleas de dichas entidades con domicilio principal en el Departamento, en las cuales se elijan representantes legales o demás dignatarios. La ley no dice nada sobre el deber de notificar anticipadamente su asistencia a tales sesiones.

Aunque resulte práctico entender que tanto fundaciones como corporaciones pueden ser instituciones de utilidad común, y que esto además definitivamente refleja la realidad de la vida asociativa contemporánea, el tema se vuelve un poco más complejo al pensar en una idéntica inspección y

buenas costumbres. La solicitud de cancelación de la personería jurídica se dirigirá al Gobernador acreditando la prueba de configuración de la causal invocada y formulando los hechos y los fundamentos legales. Con la firma de la solicitud se entenderá que la queja se presenta bajo la gravedad del juramento.

²⁴ "El control gubernamental se realiza, en dos sentidos; el primero, con facultades de inspección y vigilancia frente

a las instituciones de utilidad común, y el segundo, constituye un control estatutario, de verificación respecto de los entes asociativos para que actúen en el cumplimiento de sus objetivos dentro de la Constitución, la ley y las buenas costumbres, tal como lo señala el artículo 636 del Código Civil." CONCEPTO 30428, Bogotá, D.C., de Agosto

8 de 2001

vigilancia para una corporación y una fundación. Cuando la norma sobre inspección y vigilancia se creó, y como el texto aun lo evidencia, las instituciones de utilidad común eran estrictamente fundaciones, y no comprendían a corporaciones, que para ese entonces sólo buscaban beneficiar a sus miembros. De ahí que lo que explícitamente quisiera tutelar el constituyente en el artículo 189 -26 fuera tanto (a) la voluntad del fundador de mantener un patrimonio afectado a un objetivo predeterminado, como que (b) el objetivo trascienda a la utilidad común según su voluntad. En España, por ejemplo, se entiende con claridad que (a) velar por la conservación patrimonial de la fundación es una función de patronato y (b) velar por el impacto en la utilidad común que logre el objeto es función de protectorado. En este orden de ideas y considerando que la supervisión sobre organizaciones de utilidad común comprende tanto a fundaciones como corporaciones, vale preguntarse si esto da pie a una función de patronato sobre corporaciones de utilidad común también. Es éstas la voluntad de la corporación ni viene pre-establecida por un fundador, ni tampoco depende de la existencia de un patrimonio para el logro del fin, sino de la voluntad de la asamblea en la que deliberan y deciden los asociados. En cuanto al protectorado al objetivo de utilidad común, hace sentido que por su capacidad de impactar en lo público, las autoridades estén facultadas para inspeccionar y vigilar, a corporaciones así como con las fundaciones que siempre han debido supervisarse por la trascendencia de su propósito.

Ahora, en cuanto al control estatutario, o de existencia y legitimidad de la organización éste sigue tan vigente e inalterado como el de inspección y vigilancia delegado en Gobernadores y el Alcalde Mayor²⁵. Este control, que vela porque la actividad de la organización no lucrativa no se desvíe de aquello a lo que se obligó en sus estatutos, se aplica, o debería aplicarse, a todas las organizaciones con o sin utilidad común, es decir hasta a organizaciones de solidaridad cerrada o simple. Es justamente este control el susceptible de conducir a la cancelación de la personería jurídica cuando se descubra una simulación de solidaridad encubriendo la intención real de lucrarse, por ejemplo. Una función administrativa muy pertinente para evitar la desnaturalización de la sociedad civil y el abuso reiterado de prerrogativas tributarias y contractuales consagradas para las iniciativas cívico-solidarias concretamente y que, dado el caso, debería terminar con la a compulsación de copias a la fiscalía.

Aunque el tema de supervisión es de por si un asunto complejo, y de mínima aplicación no sólo por la incertidumbre jurídica sino por la ausencia de especialización del conocimiento y de funcionarios afectados a las divisiones de personas jurídicas sin ánimo de lucro en Gobernaciones y Alcaldía, el tema de supervisión es susceptible de empeorar. En efecto, y sin perjuicio de la fiscalización que realiza la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (IVA y Renta) y cada municipio en materia de Industria, Comercio y Avisos, la supervisión de (i) la existencia y legitimidad de las OSCs y de (ii) las instituciones de utilidad común -funciones descentralizadas en 32 Gobernadores y el Alcalde Mayor, es una supervisión residual. El ordenamiento colombiano prevé que haya una supervisión especializada para

²⁵ Decreto Distrital 267 de 2007, "Artículo 30. Subdirección de Personas Jurídicas. Son funciones de la Subdirección

de Personas Jurídicas, las siguientes: a. Ejercer, conforme a las disposiciones legales vigentes, la inspección, control y vigilancia de las asociaciones y corporaciones sin ánimo de lucro, así como de las instituciones de utilidad común con domicilio en el Distrito Capital, para garantizar que cumplan con sus estatutos, de conformidad con la legislación aplicable"

aquellas fundaciones y corporaciones que trabajan en asuntos de bienestar familiar e infancia; seguridad; ecología y medio ambiente; y educación; entre otras, y cuyo ejercicio corresponde a los respectivos ministerios, agencias nacionales y/o secretarías departamentales o distritales. Un cálculo simple en el que se calcula que, además de la división de personas jurídicas sin ánimo de lucro de cada gobernación, hay paralelamente por los menos 3 ministerios o secretarías que ejercen supervisión especializada (salud, bienestar familiar y medio ambiente, por ejemplo) es posible concluir que debe haber en el país, por lo menos, 128 entidades administrativas con funciones de control sobre la sociedad civil organizada en Colombia²⁶. La buena o mala noticia, dependiendo del ángulo de enfoque es que la ley en temas de sociedad civil casi no es aplicada por la administración y que inclusive, habiendo voluntad de aplicarla, la incertidumbre jurídica es tal²⁷ que serviría para paralizar cualquier acción sancionatoria y asegurar la impunidad de los desvíos y desnaturalizaciones de las organizaciones de la sociedad civil.

En el punto de Bogotá, cabe destacar el importantísimo esfuerzo que ha hecho la Alcaldía de Bogotá y su Subdirección de Personas Jurídicas que desde hace un tiempo han venido creando un "*Sistema de Información de Personas Jurídicas -SIPEJ*" para como herramienta unificada para el registro, inspección, vigilancia y control de las personas jurídicas sin ánimo de lucro registradas en Bogotá²⁸. De hecho, en la actualidad, y considerando los múltiples regímenes de aprobación de personería jurídica²⁹ existentes y las diversas delegaciones de supervisión³⁰, la Alcaldía está buscando la unificación de toda la información de las personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Ahora en cuanto a los reportes o informes que deben presentar mensualmente las fundaciones y corporaciones, a nivel nacional, es la declaración de retención de impuestos en la fuente ante un

²⁶ A pesar de múltiples esfuerzos no fue posible averiguar si en las entidades de supervisión especializada se aplica un control de existencia y legitimidad, o si dado el caso se remite a las Gobernaciones/Alcaldía para efectos de cancelación de personería.

²⁷ Ver el esfuerzo de compilación de normas en

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14528>

²⁸ <http://www.alcaldiabogota.gov.co/SPJ/>

²⁹ Excepciones a la personería jurídica que tramitan las Cámaras de Comercio: Artículo 143. Excepciones. Decreto

1122 de 1999, el artículo 45 del decreto 2150 de 1995, quedará así: "Artículo 45. Excepciones. Lo dispuesto en este capítulo no se aplicará a las instituciones de educación superior, las instituciones de educación formal y no formal a que se refiere la ley 115 de 1994, las personas jurídicas que prestan servicios de vigilancia privada; las iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, sus federaciones, confederaciones y asociaciones de ministros; las reguladas por la ley 100 de Seguridad Social, los sindicatos y las asociaciones de trabajadores y empleadores; partidos y movimientos políticos, Cámaras de Comercio; Juntas de Acción Comunal, Juntas de Vivienda Comunitaria y sus diferentes grados organizativos y las demás personas jurídicas respecto de las cuales la ley expresamente regule en forma específica su creación y funcionamiento, todas las cuales se registrarán por sus normas especiales."

³⁰ Concepto 30428 Bogotá, D.C Agosto 8 de 2001 "(...) el ejercicio del control inspección y vigilancia sobre las

personas jurídicas sin ánimo de lucro con domicilio en el Distrito Capital, corresponde de manera general, siempre que no esté atribuida a otra autoridad administrativa, al Alcalde Mayor, la cual se ejerce a través de la Oficina de Personas Jurídicas de la Secretaría General."

banco, y así sea en ceros. Y, para el caso de Bogotá, con corte a 31 de diciembre, los estados financieros dentro de los tres primeros meses del año. Ya en materia de sanciones aplicables a las OSCs, son los Gobernadores quienes están facultados, por el Decreto 1529 de 1990 para cancelar, de oficio o a petición de cualquier persona, la personería jurídica de las asociaciones o corporaciones y fundaciones o instituciones de utilidad común, que tengan su domicilio principal en el departamento, cuando sus actividades se desvíen del objetivo de sus estatutos, sean contrarias al orden público o a las leyes. Sin perjuicio, por supuesto, de la aplicación del Código Civil, el Administrativo y el Penal y a las sanciones a las que haya lugar por la violación a sus disposiciones, cabe destacar en especial, la inclusión dentro del ordenamiento jurídico colombiano, de normas anti-corrupción conexas con el Sector sin ánimo de lucro o cívico-solidario como prefiero llamarlo. El artículo 15 de la Ley 190 de 1995, busca detectar la participación de un funcionario público en cualquier organización sin ánimo de lucro dentro o fuera del país (para prevenir la contratación de una organización en la que éste participe o actúe, como se verá adelante). A su vez, el artículo 46 sanciona con cancelación de personería jurídica, y sin perjuicio de las sanciones penales que correspondan, la destinación diferente que se dé a los recursos públicos que a cualquier título haya recibido una entidad sin ánimo de lucro cualquiera.

En materia de disolución y liquidación de OSCs, de acuerdo al Decreto 1529 de 1990, las asociaciones o corporaciones y fundaciones o instituciones de utilidad común, pueden disolverse por la decisión de la Asamblea General y conforme lo dispongan los estatutos o por la cancelación de personería jurídica que decida el Gobernador o el Alcalde Mayor de Bogotá. Cuando la disolución es decretada, en el mismo acto se nombra un liquidador, se le da tal función al último representante legal inscrito³¹ y se publican tres avisos de liquidación en un periódico nacional, mediando quince (15) días entre ellos. Luego del último aviso se liquida la entidad y pagando las obligaciones contraídas a terceros, con prelación de créditos. De haber un remanente patrimonial, éste pasa a la entidad que haya escogido por la Asamblea, una similar, o a una entidad de beneficencia del municipio. Dado el caso, contra las decisiones administrativas procederán, por virtud del derecho general colombiano, las acciones judiciales contencioso administrativas a que haya lugar.

IV. ALCANCE DE LAS ACTIVIDADES

A diferencia de otros países como Francia en donde las asociaciones por ejemplo tienen tres niveles de capacidad jurídica, en Colombia, la capacidad para el ejercicio de sus actividades es sólo una y plena y por tanto las OSCs en Colombia pueden adquirir y enajenar propiedad, contratar personal y hasta importar, exportar e invertir.

En lo referente al gobierno interno de las OSCs colombianas es importante señalar que aquellas de naturaleza corporativa se deben gobernar por la asamblea de asociados la cual crea la voluntad de la organización y ejecuta la Junta Directiva bajo la gerencia del Director de la organización. Aquellas OSCs cuya naturaleza sea fundacional no requieren de asamblea en la medida en que la voluntad de la institución está ya pre-establecida por quien o quienes la hayan fundado y afectado un patrimonio para su realización. Usualmente la voluntad del fundador se desarrolla también por un Director que podrá

³¹ Artículo 18 Decreto 1529 de 1990 y ss.

orientarse por un consejo de administración o de fundadores, de haberlo. Para efectos operativos tanto Fundaciones como Asociaciones pueden contar con un secretario y un tesorero, y en ocasiones se requerirá de un revisor fiscal; la contabilidad deberá certificarla un contador público.

Aunque los textos jurídicos consagran una amplísima libertad en las actividades de las OSCs, que alcanza hasta para realizar actividades de expresión política, oposición e incidir en leyes y política pública, en la práctica ejercer esta libertad, dada la extrema politización y polarización del país, no es muy fácil. En términos generales es posible decir que en Colombia el gobierno no aprecia, y con mucha frecuencia, acosa directa o indirectamente a las OSCs que le critican o se oponen³². Y el hecho de compartir esta desafección con la opinión pública con frecuencia ha conducido a la creación de animadversión hacia fundaciones y corporaciones con actividades humanitarias y de derechos humanos, ONGs que en el imaginario están ya estigmatizadas como de ideología de izquierda y por extensión de la guerrilla. En un reciente caso en el que se reveló que la agencia de seguridad del Ejecutivo (Departamento Administrativo de Seguridad -DAS) estaba siguiendo conversaciones en forma sistémica, salió a la luz el seguimiento amplísimo que se estaba haciendo a fundaciones y corporaciones cuyo nombre no revela la prensa³³. Paradójicamente, otras organizaciones, usualmente las que están orientadas al desarrollo económico, como los micro-finanzas por ejemplo, son auspiciadas por el gobierno y admiradas por la comunidad. Así que los límites a las actividades de las OSCs en Colombia, son más de orden cultural y relativo a imaginarios colectivos que de limitación jurídica. Inclusive pueden llevar inclusive hasta a la autocensura de las organizaciones. De otra parte la capacidad económica y la fragilidad en conexiones políticas y sociales son también limitantes para el desarrollo exitoso de la actividad de la organización. En materia de incidencia política es claro que sin recursos para viajar a Bogotá, un lugar donde hospedarse ni conexiones que autoricen la entrada al congreso o la visita a ministerios nacionales, resulta difícil, para OSCs de otras regiones o de base de comunidad, incidir en la toma de decisiones públicas nacionales. Sin mayor conectividad a internes ni invitaciones ampliamente divulgadas por el Estado -usualmente las autoridades siempre consultan o contratan a las organizaciones que conocen- son quienes están geográficamente o socialmente cerca a las autoridades y en muchas ocasiones afines a la orientación del gobierno los que ejercen mejor su influencia o logran una mayor contratación.

³² Las organizaciones de la sociedad civil indígena colombiana están desde hace un buen tiempo en tensión

permanente con el gobierno por el derecho a acceder a tierras productivas No sólo no se les ha consultado decisiones que los afectan como la Ley Forestal y el Estatuto de Desarrollo Rural, declaradas ambas inconstitucionales por ese motivo, sino que según denuncia la Revista Cambio hay intenciones de fraccionar la organización plataforma indígena. El título de la edición impresa es "Divide y Reinaras". Ver http://www.cambio.com.co/paiscambio/822/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_CAMBIO-4937716.html

³³ "Aunque gran parte de la información encontrada por los investigadores hasta ahora está siendo descargada

para ser analizada, los fiscales ya tienen en su poder centenares de correos electrónicos de ONG, sindicatos, miembros de partidos de oposición y periodistas, los cuales fueron recolectados de manera ilegal por el DAS.(...) En los archivos encontrados por la Fiscalía en las instalaciones del DAS se evidencia cómo en un primer momento de la existencia de ese grupo los 'objetivos' básicamente eran ONG y personajes considerados de izquierda."

<http://www.semana.com/noticias-nacion/espionaje-peor/123258.aspx>

En materia de colaboración horizontal, intra e intersectorial, en el país no hay ninguna limitación de orden legal o cultural que impida la interlocución de las OSCs con actores nacionales o internacionales; aunque la conectividad a internet sea ésta es de acceso libre. Tal vez la única limitación que hay en materia internacional es que en la comunidad y el gobierno la crítica al gobierno, sus políticas o ventilar problemas en el ámbito internacional es percibido en ocasiones como un acto de deslealtad. De hecho a muchas organizaciones se les censura socialmente el hecho de que comuniquen a la comunidad internacional sus opiniones de oposición o busquen justicia internacional. El término "diplomacia de ONGs" suele equipararse al de "diplomacia de la guerrilla" como una diplomacia de traición o rebelión a la patria y no como la participación contemporánea en la sociedad civil global o esfuerzos legítimos de incidencia en las organizaciones de derecho internacional.

En materia de financiamiento es importante resaltar que en Colombia hay libertad para recibir fondos extranjeros vía convenios, es decir partidas para realizar un propósito común específico o donaciones, entendidas éstas como partidas sin condición alguna o actos de mera liberalidad. No obstante, y por razones de prevención del lavado de activos, los bancos colombianos exigirán, al momento de convertir a pesos (monetizar) los recursos de financiación internacional, un documento de soporte que evidencie el origen y que deberá estar en español o traducido oficialmente al español. Si bien un proyecto que buscaba crear un registro y regular la cooperación internacional hace unos años fue archivado, cabe mencionar que, así como la ayuda oficial al desarrollo está canalizada por una entidad estatal, la cooperación internacional descentralizada para organizaciones privadas tiende también a canalizarse por la misma agencia presidencial llamada "Acción Social", (Decreto 2467 de 2005).

En Colombia la ley ha permitido a las OSCs desarrollar actividades comerciales u económicas. Sin embargo, al no tener tenerse jurídicamente por comerciantes no podrán exportar autónomamente; de hecho, las cooperativas -que tienen un claro fin económico- deben conducir sus exportaciones por filiales con ánimo de lucro v.gr. sociedades comerciales. Ahora, si la actividad comercial pierde su relación con el objeto que persigue la organización entonces también perderá su tratamiento tributario preferencial de persona jurídica sin ánimo de lucro. Y, si se aplicara cabalmente el control de existencia y legitimidad previsto en los textos, podría también haber lugar a sanciones por desviación de objeto estatutario. De hecho en la práctica, muchas profesionales, sobre todo asesores y consultores, crean fundaciones o corporaciones en vez de sociedades comerciales lo cual les permite usar o mejor abusar de las prerrogativas contractuales y tributarias que consagra la ley para organizaciones cívico-solidarias y recuperar la ganancia por vía de la remuneración que se asignan a sí mismos.

En materia de la financiación del gobierno a las OSCs, es necesario empezar por explicar que en Colombia, y como resultado del alto índice de corrupción, la Constitución de 1991 prohibió expresamente y absolutamente a todas las ramas del poder público otorgar fondos, subvenciones o auxilios a entidades privadas: *"Artículo 355. Ninguna de las ramas u órganos del Poder Público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional*

y con los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia." Tal y como lo establece este artículo, la Constitución autorizó, en cambio de la prohibición, la celebración de contratos entre el Estado y fundaciones o corporaciones, y en general cualquier entidad sin ánimo de lucro con el fin de (i) impulsar programas y actividades que sean de (a) interés público y que estén acordes con (b) el desarrollo oficialmente planeado en el nivel nacional y local, y consignado en los respectivos documentos oficiales. A todas luces la intención del constituyente de 1991 fue la de consagrar crear una total separación y autonomía de la sociedad civil sin perjuicio de que organizaciones de naturaleza cívica y solidaria pudiera concurrir en la misión de interés general del Estado, en ciertas actividades y programas mediante una vinculación jurídica, puntual y específica, consignada en un contrato. Así pues, la contratación del artículo 355, es un tipo de contratación especial para entidades sin ánimo de lucro y por tanto excepcional al régimen de contratación administrativa general³⁴ de Colombia. Este régimen es una delegación constitucional expresa de al Gobierno Nacional que la reglamentó a través del Decreto 777 de 1992 modificado por los Decretos 1403 de 1992 y 2459 de 1993 y por tanto "*La Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 066 de 2008 reglamentaria de esta, [régimen general de contratación pública] no modifican el método de contratación expuesto*"³⁵

Es importante aclarar que este régimen de contratación sólo procede para hacer coincidir esfuerzos³⁶ para el interés público y a través de programas y actividades precisas. Esto descarta entonces la contratación de un servicio para la entidad, pues, de ser así se estaría poniendo en desventaja, y sin justificación alguna, a empresas comerciales y consultores profesionales que venden sus servicios con ánimo de lucro. De ahí que, además, se haya autorizado solamente la contratación en conexidad al plan oficial de desarrollo de la Nación y de sus entidades territoriales. En cuanto a la exigencia de que la entidad sin ánimo de lucro sea de reconocida idoneidad, es apenas lógico que el Estado haya querido que la intervención pública y social a contratar se dé sólo con organizaciones que sean notoriamente adecuadas al propósito de contratación. Esta regla busca que no se contrate con cualquier entidad sin ánimo de lucro sin capacidad relevante y bajo criterios subjetivos, sino que la organización tenga idoneidad y esta sea notoria. Según el Decreto 1403 de 2002, la reconocida idoneidad se trata de "*(...) la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa (...) para realizar el objeto del contrato.*" También se estableció que la entidad estatal facultada para celebrar el contrato está en la obligación de "evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado."

³⁴ De hecho, en virtud del artículo 1 del decreto 777 de 1992, este tipo de contratos "*(...) deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983.*"

³⁵ Concepto 80112 - EE 28698 de Abril 29 de 2008 de la Contraloría General de la república de Colombia.

³⁶ De hecho el artículo 2 del Decreto 777 de 1992 establece que están, entre otros, excluidos del ámbito de

aplicación del decreto "Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes." (...)

En la práctica este régimen especial de contratación es aplicado con gran laxitud e informalidad lo cual es realmente preocupante. No se requiere de un profundo examen jurídico para entender que, a título de contratación del 355, funcionarios del poder público pueden fácilmente canalizar recursos de ejecución de buena parte de la agenda social del país y que pueden hacerlo sin necesidad de concurso o selección objetiva sino por contratación directa. Y que la valoración de "reconocida idoneidad" resultara ser prácticamente discrecional y fácilmente justificable a favor de la OSC contratista que al funcionario más le guste o tenga más a la mano. Este amplio margen de contratación directa, es aún más preocupante si se tiene en cuenta la altísima corrupción que hay en el país en materia de contratación pública de régimen general y que requiere selección objetiva. De hecho una evaluación internacional explica que es frecuente encontrar que la selección objetiva para contratar en Colombia se ajusta al contratista preferido a través de términos de referencia hechos a la medida, la simulación del proceso o el fraccionamiento contractual, entre otros³⁷. Qué esperar entonces de un sistema de contratación directa para organizaciones que se crean por trámite de una semana ante una Cámara de Comercio y que tiene mínima supervisión del ejecutivo? Si se tiene, además, que basta con que la organización tenga seis meses de creada para poderla contratar, (termino en el que no se ha presentado ni siquiera una primera declaración de estados financieros, ni se ha alcanzado a tributar siquiera) no es descabellado concluir que las puertas a la corrupción por vía de simulación de organizaciones de la sociedad civil, están abiertas de par en par y que constituyen una gravísima amenaza a la desnaturalización y deslegitimación de las verdaderas organizaciones cívicas y solidarias que hay en Colombia.

Si ir tan lejos, basta pensar en la amenaza que surge también del favoritismo en la contratación de fundaciones y corporaciones que son afines al gobierno o de preferencia personal de los funcionarios. Estas tienen una clara ventaja a la hora de hacerse a recursos de origen público y la financiación de sus actividades y en contraste con aquellas organizaciones de la sociedad civil que hacen crítica, o no están cerca a las capitales, no son las más visibles, trabajan apartadas en terreno y desde la base del tejido social. Si a esto se suma que el grueso los fondos de cooperación internacional se canalizan también a través de una misma entidad pública -que como su nombre lo indica se encarga tanto de la acción social en el país como de la ejecución de la cooperación internacional- es claro que la financiación por vía contractual o de cooperación de la sociedad civil organizada en Colombia, dependen, al menos en el nivel nacional, de una única agencia presidencial principalmente.

V. OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

En Colombia, se dice que no hay ánimo de lucro cuando los excedentes obtenidos por la organización no se distribuyen, ni en especie ni en capital, al final del ejercicio o al momento del retiro o liquidación de la organización³⁸. El reinvertir el beneficio neto o excedente que resulte del ejercicio en la misma organización cívico-solidaria justifica que el legislador dé a estas organizaciones un tratamiento especial: pagar una tarifa menor que la de las sociedades comerciales o inclusive eximir las del pago de impuesto a la renta como resultado de la reinversión total del excedente.

³⁷ Global Integrity Report, 2008.

³⁸ Decreto 4400 de 2004, parágrafo del artículo primero.

El artículo 19 del Estatuto Tributario, consagra un régimen especial para buena parte de "las Corporaciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro" y de paso excluye a otras que enlista en el artículo 23³⁹. Conforme al artículo 19 podrán acceder a un tratamiento tributario especial las OSCs cuyo (a) objeto social principal y recursos estén destinados a actividades de salud, deporte, educación formal, cultural, investigación científica o tecnológica, ecológica, protección ambiental, o a programas de desarrollo social;(b) dichas actividades sean de interés general, y (c) sus excedentes sean reinvertidos totalmente en la actividad de su objeto social. Aquellas corporaciones, fundaciones y asociaciones constituidas como entidades sin ánimo de lucro, que no cumplan las condiciones señaladas, son contribuyentes del impuesto sobre la renta, y se asimilan a sociedades limitadas (artículo 19, parágrafo 1). Ahora bien, si la organización reúne estas condiciones de procedencia al Régimen Especial, entonces se puede dar aplicación a los artículos 356 a 364 del Estatuto Tributario. Estas disposiciones establecen las condiciones que le permitirán a la fundación o corporación gozar de la exención⁴⁰. En términos generales, se dispone que el beneficio neto o excedente, de las fundaciones y corporaciones que accedan al régimen especial, y calculado como el legislador ahí establece⁴¹, se grava por concepto de impuesto de renta y complementarios con tarifa única del 20% (en vez del 33% aplicable a las sociedades comerciales para el 2008), y podrá hasta ser exento si el beneficio se reinvierte (directa o indirectamente y en el año siguiente a aquél en el cual se obtuvo), en programas que desarrollen el objeto social de la organización⁴².

³⁹ Estatuto tributario, Artículo 23 : "No son contribuyentes del impuesto sobre la renta, los sindicatos, las asociaciones de padres de familia, las sociedades de mejoras públicas, las Instituciones de Educación Superior aprobadas por el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES, que sean entidades sin ánimo de lucro, los hospitales que estén constituidos como personas jurídicas sin ánimo de lucro, las organizaciones de alcohólicos anónimos, las juntas de acción comunal, las juntas de defensa civil, las juntas de copropietarios administradoras de edificios organizados en propiedad horizontal o de copropietarios de conjuntos residenciales, las asociaciones de exalumnos, los partidos o movimientos políticos aprobados por el Consejo Nacional Electoral, las ligas de consumidores, los fondos de pensionados, así como los movimientos, asociaciones y congregaciones religiosas, que sean entidades sin ánimo de lucro. Las entidades contempladas en el numeral 3) del artículo 19, cuando no realicen actividades industriales o de mercadeo. Tampoco son contribuyentes, las personas jurídicas sin ánimo de lucro que realicen actividades de salud, siempre y cuando obtengan permiso de funcionamiento del Ministerio de Salud, y los beneficios o excedentes que obtengan se destinen en su totalidad al desarrollo de los programas de salud. (Inciso adicionado por el artículo 1 de la Ley 1111 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:) No son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, las asociaciones de hogares comunitarios autorizadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar."

⁴⁰ Estatuto Tributario, parágrafo 4. "Para gozar de la exención del impuesto sobre la renta, los contribuyentes contemplados en el numeral 1 de este artículo, deberán cumplir además de las condiciones aquí señaladas, las previstas en los artículos 358 y 359 de este Estatuto."

⁴¹ Estatuto Tributario, artículo 357. "Para determinar el beneficio neto o excedente se tomará la totalidad de los ingresos, cualquiera sea su naturaleza, y se restará el valor de los egresos de cualquier naturaleza, que tengan relación de causalidad con los ingresos o con el cumplimiento de su objeto social de conformidad con lo dispuesto en este Título, incluyendo en los egresos las inversiones que hagan en cumplimiento del mismo."

⁴² Estatuto Tributario, artículo 358. "El beneficio neto o excedente determinado de conformidad con el artículo anterior, tendrá el carácter de exento cuando se destine directa o indirectamente, en el año siguiente a aquél en el

Es importante destacar que el legislador da un trato tributario especial, no a las organizaciones *per se*, sino a su actividad solidaria en actividades específicas. Así, todo el régimen especial del Estatuto Tributario - y desarrollado por el Decreto 4400 de 2004- pivota concretamente sobre la relación de causalidad que se verifique entre los ingresos y egresos y el objeto social fiscalmente estimulado. Ahora bien, en la medida en que lo que se reinvierte es el excedente contable, y no fiscal, y dado que el gobierno dispuso en el Decreto 4400 de 2004 que el Gravamen a los Movimientos Financieros -GMF no es un egreso procedente, entonces, se hace muy difícil o casi imposible, en la práctica, lograr una exención sobre el beneficio reinvertido totalmente. Esto afecta a cualquier fundación o corporación que este bancarizada y deba pagar por cada transacción financiera un impuesto del 4 x 1000 (GMF). En este punto, no deja de sorprender que el principio tributario de causalidad adoptado por el legislador tributario no sirva aquí para comprender a los movimientos financieros en el giro ordinario de las actividades de cualquier organización. Esta es una norma que afecta considerablemente a las OSCs activas en la cooperación internacional. En términos del profesor Juan Carlos Jaramillo, *"así la entidad realice un proceso de conciliación entre la utilidad contable y el excedente fiscal, en el que incluya partidas que no tiene reconocimiento tributario, lo cierto es que siempre el excedente a invertir en las alternativas que ofrece la ley es el contable y, que si se incurre en egresos no procedentes [como el gravamen a los movimientos financieros], la parte del beneficio neto o excedente fiscal generado por ese efecto, constituirá un ingreso gravables sometido a la tarifa de tributación del 20%."*⁴³

Cabe explicar que el artículo 359 exige que, para poder gozar de la tarifa del 20 % de renta o la exención, el objeto social en virtud del cual se desarrollan las actividades estimuladas sea de *"interés general,"* y que a ellas tenga *"acceso la comunidad"*. El Decreto 4400 de 2004 explica en su artículo segundo que las actividades son de interés general cuando benefician a un grupo poblacional, como un sector, barrio o comunidad y se permite el acceso a la comunidad, cuando hay oferta abierta de los servicios y actividades de la organización, y en desarrollo de su objeto social, con lo que permite que terceros puedan beneficiarse de ellas, en las mismas condiciones que los miembros de la entidad, o sus familiares.

En cuanto al IVA - Impuesto al Valor Agregado o impuesto a las ventas, en Colombia *"todos los contribuyentes pertenecientes al Régimen Tributario Especial son agentes de retención en la fuente por concepto del impuesto sobre la renta y complementarios, impuesto de timbre nacional y por el impuesto sobre las ventas (IVA), de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Igualmente son responsables del Impuesto sobre las ventas cuando realicen las actividades o hechos generadores de dicho impuesto."* Pasivamente, las OSC están sometidos a retención en la fuente, únicamente, respecto de los pagos o abonos en cuenta que se realicen por concepto de ventas provenientes de actividades

cual se obtuvo, a programas que desarrollen dicho objeto social. El beneficio neto o excedente generado en la no procedencia de los egresos, no será objeto del beneficio de que trata este artículo. La parte del beneficio neto o excedente que no se invierte en los programas que desarrollen su objeto social, tendrá el carácter de gravable en el año en que esto ocurra."

⁴³ Jaramillo, Juan Carlos, "Entidades Sin Ánimo de Lucro" Legis Editores S.A, cuarta edición, Bogotá, Pg.114

industriales y de mercadeo y de rendimientos financieros, según lo establece el artículo 14 del mismo decreto. Así que, todos los demás pagos o abonos, diferentes a los descritos, no estarán sometidos a retención en la fuente. Para ello la OSC deberá demostrarle al agente retenedor su naturaleza jurídica, a través de copia de la certificación de la entidad encargada de su vigilancia [Subdirección de Personas Jurídicas de la Alcaldía/Gobernación u otras] o de la que haya concedido su personería jurídica [Cámara de Comercio/ otras entidades], documento que conservará el agente retenedor para ser presentado cuando la autoridad competente tributaria lo requiera.

En el nivel municipal y según las tarifas impuestas y vigentes en cada ciudad, las fundaciones y corporaciones que realicen actividades industriales, comerciales o de servicios inclusive en forma ocasional, sean o no comerciantes son sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio, avisos y tableros - ICA. Se entiende por actividad industrial, la producción, extracción, fabricación, manufactura, confección, preparación, reparación, ensamblaje de cualquier clase de materiales y bienes y en general cualquier proceso de transformación. Y actividad comercial es la destinada al expendio, compraventa o distribución de bienes y mercancías tanto al por mayor como al por menor y las demás definidas como tal por el Código de Comercio, siempre y cuando no estén consideradas por la ley como actividades industriales o de servicios.

En lo concerniente a las importaciones realizadas por fundaciones, corporaciones u otras entidades sin ánimo de lucro, éstas están sujetas al pago de aranceles o gravámenes por importación. Ni siquiera a las donaciones se las ha eximido del pago de arancelarios del IVA. Ahora bien, las donaciones, dependiendo de su uso o destinación, por ejemplo, para la nación, entidades públicas, cultos religiosos o la salud, podrán eventualmente acogerse a la exención de tributos aduaneros⁴⁴ con el lleno de requisitos. Podrán estar exentas de IVA, las importaciones de bienes y equipos destinados al deporte, a la salud, a la investigación científica y tecnológica, y a la educación, donados a favor de fundaciones y corporaciones, por personas o entidades nacionales o por entidades, personas o gobiernos extranjeros, siempre y cuando obtengan calificación favorable en el Comité de Entidades sin Ánimo de Lucro⁴⁵. El procedimiento y requisitos necesarios para obtener la calificación de este Comité, está desarrollado en el artículo 13 del Decreto 4400 de 2004.

En lo que respecta a donaciones, en Colombia, y en virtud del artículo 125 del Estatuto Tributario, quienes contribuyan con impuesto de renta pueden deducir hasta un tope del valor de 30% de la renta líquida del contribuyente (determinada antes de restar el valor de la donación), las donaciones que haya efectuado durante el año gravable a "*asociaciones, corporaciones y fundaciones, sin ánimo de lucro, cuyo objeto social y actividad correspondan al desarrollo de la salud, la educación, la cultura, la religión, el deporte, la investigación científica y tecnológica, la ecología y protección ambiental, la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y el acceso a la justicia o de programas de desarrollo social, siempre y cuando las mismas sean de interés general.*" En el punto de las actividades que sirven para la deducción no es fácil entender porque el legislador no mantuvo la mismas actividades en forma

⁴⁴ Decreto 255 de 1992

⁴⁵ Estatuto Tributario, artículo 480

consistente, sino que agregó la religión, la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y el acceso a la justicia, cuando, en todo caso, estas cabrían sin mayor dificultad bajo el concepto de desarrollo social que ya venía incluyendo como actividad fiscalmente estimulada.

En los artículos siguientes al 125 del Estatuto Tributario, se establece que las OSCs que dan lugar a que un donante pueda deducir lo donado de su impuesto de renta tienen que (i) haber sido reconocida como persona jurídica sin ánimo de lucro y estar sometida en su funcionamiento a vigilancia oficial; (ii) haber cumplido con la obligación de presentar la declaración de ingresos y patrimonio o de renta, el año inmediatamente anterior al de la donación; y (iii) manejar, en depósitos o inversiones en establecimientos financieros autorizados, los ingresos por donaciones. Así mismo se exige (iv) que las donaciones en dinero se efectúen mediante cheque, tarjeta de crédito o a través de un intermediario financiero. A su vez, la OSC que reciba la donación, y que proceda el reconocimiento de la deducción, deberá expedir una certificación en la que conste la forma, el monto y la destinación de la donación, así como el cumplimiento de las condiciones señaladas en los artículos anteriores, la cual deberá estar firmada por un revisor fiscal o contador público. El artículo 126-2 del Estatuto Tributario establece que las donaciones a OSCs dedicadas a la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y el acceso a la justicia, tienen derecho a deducir de la renta, el 125% del valor de las donaciones efectuadas durante el año o período gravable. Similar tratamiento se da a las donaciones que se efectúen a organizaciones dedicadas al deporte.

Finalmente, es importante señalar que en Colombia no hay límites a los gastos administrativos de las OSCs ni tampoco media criterio alguno que prevenga o sancione la distribución de utilidades por vía de nómina o gastos administrativos. En los casos en los que se practique una fiscalización aleatoria o bien requerida sobre una organización determinada, nada impediría que la DIAN evaluara la proporcionalidad que hay entre la reinversión en el objeto social, que justifica el carácter de no-lucratividad y los gastos administrativos, concretamente de nómina y remuneración de la OSC. Sin embargo no se conoce un criterio estándar susceptible de aplicarse en todos los casos en Colombia. Ni hay tampoco hay en el país, tope alguno a la remuneración que reciban los directivos, empleados y contratistas de las fundaciones y corporaciones, que por naturaleza y definición, han sido creadas para el impulsar el desarrollo y la democracia del país.

VI. CONCLUSIÓN

Hay una grave dislocación entre lo que dicen los textos normativos y el derecho que se aplica en la práctica de la sociedad civil. Además, y como se evidenció a través del análisis de la ley en la práctica, y es además *vox populi* en el país, en Colombia se crean rápidamente fundaciones y corporaciones que son sólo un caparazón jurídico para poder acceder a las prerrogativas consagradas para las entidades sin ánimo de lucro. Vacías de civismo y solidaridad, con ánimo de lucro y de distribución del excedente del ejercicio por nómina, o bien para aterrizar contratos con amigos que trabajen en el Estado, negociar falsas donaciones o camuflar propósitos ilegales o criminales, las falsas organizaciones de la sociedad civil son un grave riesgo para la sociedad civil en conjunto, y la democracia y el desarrollo por extensión. Un riesgo que, atomizado e imperceptible aisladamente, permite crear la sensación de que todo está bien en el espacio ciudadano, como si la incertidumbre en la norma y la laxitud en la aplicación del

derecho equivaliera al goce de una mayor libertad. Y en realidad lo que ocurre al no haber certeza en las reglas del juego, es que el compás de interpretación oficial se amplía, el margen de discrecionalidad de las autoridades aumenta, y la autonomía y empoderamiento de las organizaciones de la sociedad civil se resquebraja.

Si bien es cierto que las falsas OSCs están lejos de ser la totalidad de las OSCs colombianas, evidenciar su existencia y peor aún, constatar como la ley sirve para acunarlas y fortalecerlas, da cuenta del grave desinterés político, académico y cívico en el ámbito jurídico de lo no lucrativo o del derecho cívico-solidario, y por ende, del poco interés que hay en la defensa y consolidación del espacio público ciudadano en Colombia. De ahí que haya urgencia en crear una masa crítica de cambio que lleve a enseñar y promover la investigación en OSCs en universidades y centros de pensamientos, crear observatorios, diseñar seminarios y crear revistas y periódicos que visibilicen la dimensión de la sociedad civil organizada en Colombia y su rol estructural en el desarrollo y la democracia. Y de paso, a promover también, una política pública integral para el Sector que pueda, por ejemplo, lograr la articulación de las Cámaras de Comercio con las Gobernaciones y Alcaldías del país, y simplificar y aplicar un control real pero adecuado a cada especie de organización. Porque sin claridad en el alcance de supervisión (que más que controlar a las organizaciones sirve para distinguir a las legítimas de las simuladas) las organizaciones de la sociedad civil colombiana, legales y legítimas, están desprotegidas en tanto que las ilegales e ilegítimas están a sus anchas. Lograr que progresivamente el grueso del país entienda que lo que subyace a las OSCs no es más que la fuerza de la ciudadanía motivada por el civismo para la democracia y la solidaridad en el desarrollo. Y que el derecho es al fin de cuentas la mejor estrategia de defensa de sus valores y la forma más efectiva de conjurar las amenazas que, directa o indirectamente, se ciernan sobre ella.

Adriana Ruiz-Restrepo es una abogada y politóloga colombiana que se ha especializado en política pública incluyente a partir del derecho internacional, constitucional y de lo no-lucrativo o derecho cívico-solidario. Trabaja en la firma de abogados y consultores RRA especializada en derecho público e innovación social y es abogada voluntaria en la fundación CIVISOL para la promoción del derecho de las Organizaciones de la Sociedad Civil como estrategia para el cambio sistémico en democracia y desarrollo. Adriana Es miembro del Consejo Asesor del International Center for Not-for-Profit Law desde el año 2004.

La autora agradece, por su generosidad en tiempo y conocimiento durante las entrevistas que precedieron a la preparación de este escrito, a la Señora Etelvina Ruiz, Subdirectora de Personas Jurídicas de la Alcaldía Mayor de Bogotá y su equipo; al Señor Juan Carlos Jaramillo destacado profesor y abogado en el derecho tributario, financiero y contable de las entidades sin ánimo de lucro; a la Señora Liliana Rodríguez Burgos, Directora de la Confederación Colombiana de ONGs – CCONG, organización sombrilla del tercer sector colombiano, y, al Señor Rubén Fernández, Director de la Corporación Región de Medellín y miembro directivo de la CCONG.