

GUÍA LEGAL PARA LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO EN COLOMBIA

Noviembre 2020

AUTORES:

GÓMEZ-PINZÓN

DESDE 1992

PUBLICACIÓN ESPECIAL PARA:



COMPARTAMOS
CON COLOMBIA

CONOCE EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS ESAL EN EL PAÍS EN ASPECTOS CORPORATIVOS Y DE GOBERNANZA; TRIBUTARIOS; LABORALES; DE FINANCIACIÓN; PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES; CONTRATACIÓN ESTATAL Y TRANSPARENCIA.

MEMORANDO
GPA- 245-19

Para: Compartamos con Colombia
De: Gómez-Pinzón Abogados S.A.S.

Asunto: Régimen Jurídico de las ESALES

Fecha: Septiembre de 2020

Desde Compartamso con Colombia y GPA hemos preparado el presente memorando (el “Memorando”) con el propósito de señalar el régimen jurídico aplicable a las entidades sin ánimo de lucro (“ESALES”), en los siguientes temas: (i) corporativo y gobernanza, (ii) tributario, (iii) laboral, (iv) financiación, (v) protección de datos personales y (vi) contratación estatal y transparencia.

Para facilidad de revisión, el Memorando cuenta con la siguiente estructura: i) empezamos con el índice, ii) luego señalamos los antecedentes y iii) más adelante exponemos nuestras consideraciones.

I. ÍNDICE

I.	ÍNDICE	3
II.	ANTECEDENTES	10
III.	RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS ESALES EN DISTINTAS MATERIAS	10
1.	Asuntos corporativos y gobernanza	10
1.1.	Generalidades corporativas ESALES.	10
1.1.1.	Definición ESALES.	10
1.1.2.	Características de las ESALES	10
a)	Naturaleza jurídica	10
b)	Objeto	10
c)	Actividades permitidas	11
d)	No reparto de excedentes o beneficios	11
e)	Patrimonio	12
1.2.	Clasificación ESALES	12
1.2.1.	Fundaciones/Corporaciones y Asociaciones	13
a)	Fundaciones	13
b)	Corporaciones y Asociaciones	13
1.2.2.	Entidades de Economía Solidaria	13
1.2.3.	Entidades Extranjeras de Derecho Privado Sin Ánimo de Lucro con domicilio en el exterior. 14	14
1.3.	Constitución	16
1.3.1.	Proceso de constitución	16
1.3.2.	Documento de constitución	17
1.3.3.	Estatutos	17
1.3.4.	Registro ante cámaras de comercio	18
a)	ESALES que deben registrarse ante las Cámaras de Comercio	18
b)	Excepciones	19

c)	Del reconocimiento de la personería jurídica.....	19
1.4.	Administración de las ESALES.....	20
1.4.1.	Órganos de Administración.....	20
a)	Asamblea General.....	20
b)	Órganos de dirección.....	20
c)	Representante Legal.....	20
1.4.2.	Órganos de fiscalización.....	20
a)	Revisoría fiscal.....	21
b)	¿Cuándo es obligatorio tener revisor fiscal en una ESAL?.....	21
c)	No debe confundirse la figura del Revisor Fiscal con el "fiscal".....	21
1.4.3.	Reuniones y toma de decisiones de la asamblea general.....	21
a)	Convocatoria.....	22
b)	Reuniones de la asamblea general.....	22
i.	Reunión de segunda convocatoria.....	22
ii.	Reunión universal.....	22
iii.	Reunión por derecho propio.....	23
iv.	Reuniones no presenciales.....	23
c)	Quórum.....	23
1.4.4.	Reuniones y toma de decisiones de los órganos de administración.....	23
1.5.	Reformas Estatutarias y Otros actos sujetos a registro.....	23
1.5.1.	Reformas Estatutarias.....	23
1.5.2.	Otros actos sujetos a registro.....	24
1.6.	Disolución y Liquidación.....	24
1.6.1.	Concepto y causales.....	24
1.6.2.	Efecto.....	25
a)	Trámite de liquidación.....	25
1.7.	Inspección, vigilancia y control de las ESALES.....	25
1.7.1.	Entes encargados de la inspección, vigilancia y control de las ESALES.....	25
1.7.2.	Alcance de las facultades de inspección, vigilancia y control de las ESALES.....	25
a)	Inspección.....	26
b)	Vigilancia.....	29
c)	Control.....	30
2.	Asuntos Tributarios.....	30
2.1.	Tributación de las ESALES.....	30
2.1.1.	Generalidades.....	30
a)	Naturaleza de las ESAL para efectos fiscales.....	30
b)	Actividades meritorias y el ánimo de lucro.....	31
2.1.2.	Impuesto sobre la renta y complementario.....	32

a)	Régimen general.....	32
i.	Obligaciones sustanciales.....	33
ii.	Algunas obligaciones formales.....	33
iii.	ESAL en el Régimen Ordinario de renta.....	34
b)	Régimen tributario especial.....	34
i.	Obligaciones sustanciales para la calificación en el RTE.....	35
ii.	Retención en la fuente a título de impuesto sobre la renta.....	36
iii.	Obligaciones formales.....	36
iv.	Normas antiabuso bajo el RTE.....	37
	a) Sean declarados responsables penalmente por delitos contra la administración pública, el orden económico social y contra el patrimonio económico, siempre y cuando los hechos hayan implicado la utilización de la entidad para la comisión del delito.....	39
	b) Sean sancionados con la declaración de caducidad de un contrato celebrado con una entidad pública, siempre y cuando los hechos hayan implicado la utilización de la entidad para la comisión de la conducta.....	39
v.	Remuneración de cargos directivos y gerenciales.....	39
2.1.3.	Impuesto sobre las ventas.....	41
a)	El IVA y las donaciones a favor de ESAL.....	41
b)	Obligaciones formales.....	42
2.1.4.	Impuesto de industria y comercio.....	42
a)	Reglas generales.....	42
b)	Obligaciones formales.....	43
2.1.5.	Gravamen a los movimientos financieros.....	43
2.2.	Tributación para donantes o patrocinadores de las ESAL.....	43
2.2.1.	Impuesto sobre la renta.....	43
a)	Beneficio tributario – Descuento en el impuesto.....	43
b)	Modalidades donaciones.....	45
i.	Donaciones en efectivo.....	45
ii.	Donaciones de títulos valores.....	45
iii.	Donaciones de otros activos.....	45
c)	Requisitos para la procedencia del descuento.....	45
2.2.2.	Impuesto sobre las ventas.....	46
a)	Generalidades IVA en donaciones.....	46
b)	Reglas especiales por considerar.....	47
i.	Bienes donados excluidos.....	47
ii.	Donaciones de Gobiernos y entidades extranjeras.....	47
2.2.3.	Gravamen a los movimientos financieros.....	48
3.	Asuntos laborales.....	52
3.1.1.	Qué es un contrato de trabajo.....	52

3.1.2.	Elementos esenciales del contrato de trabajo.....	52
3.1.3.	Tipos de contrato de acuerdo con su duración.....	52
a)	Contrato de trabajo a término fijo.....	53
b)	Contrato por obra o labor contratada.....	53
c)	Contrato por trabajos ocasionales, accidentales o transitorios.....	53
d)	Contrato de trabajo a término indefinido.....	53
3.1.4.	Período de prueba.....	54
3.1.5.	Exámenes médicos al momento de la vinculación.....	54
3.1.6.	Jornada laboral.....	54
a)	<i>Jornada máxima legal: 8 horas diarias y 48 a la semana.</i>	54
b)	Jornada ordinaria.....	55
c)	Jornadas especiales.....	55
d)	Horas extra.....	55
e)	Trabajo diurno.....	55
f)	Trabajo nocturno.....	55
3.1.7.	Salarios.....	55
a)	Salario ordinario.....	56
b)	Salario integral.....	56
3.1.8.	Pagos.....	56
a)	Constitutivos de salario:.....	56
b)	No constitutivos de salario.....	56
i.	Beneficios, auxilios o primas extralegales:.....	56
ii.	Pago de bonificaciones o gratificaciones.....	57
iii.	Gastos o pagos de trabajo.....	57
c)	Límite del 40% de los pagos no constitutivos de salario para el pago de aportes.....	57
3.1.9.	Prestaciones sociales.....	58
a)	Prima de servicios.....	58
b)	Calzado y vestido de labor.....	58
c)	Auxilio de cesantías.....	58
d)	Intereses sobre las cesantías.....	58
3.1.10.	Vacaciones.....	58
a)	¿Cuándo se tiene derecho a las vacaciones?.....	58
b)	Vacaciones compensadas.....	59
c)	Acumulación de vacaciones.....	59
3.1.11.	Aportes a seguridad social y parafiscales.....	59
a)	Aportes a salud.....	59
b)	Aportes a pensión.....	60
c)	Aportes a Riesgos Laborales.....	60

d)	Aportes al ICBF	60
e)	Aportes al SENA.....	61
f)	Aportes a Caja de Compensación Familiar	61
3.1.12.	Sanciones disciplinarias	61
a)	Clases de sanciones.....	61
b)	Procedimiento para aplicarlas	61
3.1.13.	Terminación del contrato.....	63
a)	Formas de terminación del contrato de trabajo.....	63
i.	Terminación del contrato de trabajo con justa causa	64
ii.	Terminación del contrato de trabajo sin justa causa	64
b)	Sanción moratoria	65
3.1.14.	Fueros.....	65
a)	Salud.....	66
b)	Maternidad y período de lactancia	66
c)	Pareja de mujer embarazada o lactante no trabajadora	67
d)	Prepensionable	67
e)	Fuero sindical.....	68
f)	Fuero circunstancial	68
g)	Padre o madre cabeza de familia	68
h)	Acoso laboral	68
3.1.15.	Contrato de prestación de servicios.....	69
a)	¿Qué es contrato de prestación de servicios?	69
b)	¿Cuándo se está realmente ante un contrato de prestación de servicios?.....	69
c)	Aportes al Sistema General de Seguridad Social.....	70
d)	Verificación aportes al Sistema General de Seguridad Social.....	70
e)	Solidaridad	70
f)	Contrato realidad	71
3.1.16.	Voluntarios.....	71
a)	¿Qué es un voluntariado?.....	71
b)	¿Quién es un voluntario?	71
c)	¿Cómo disminuir el riesgo de declaratoria de un contrato de trabajo?.....	72
3.1.17.	Practicantes.....	72
a)	¿Qué es una práctica laboral?.....	72
b)	¿Características de la práctica laboral?	73
c)	Edad mínima.....	73
d)	Horario.....	73
e)	Duración de la práctica.....	73
f)	Supervisión	74

g) Plan de práctica	74
h) Obligaciones	74
i. Escenario de práctica:	74
ii. Estudiante:	74
iii. Institución Educativa:	75
i) Seguridad Social	75
j) Terminación de la relación de práctica.....	76
k) Manejo de la relación.....	76
4. Financiación	76
4.1. Fuentes de financiación para ESALES	76
4.1.1. Aportes y donaciones.....	76
4.1.2. Realización de actividades comerciales	77
a) Negocios sociales.....	77
4.1.3. Participación en sociedades comerciales.....	77
4.1.4. Créditos.	78
4.2. Restricciones para acceder a financiación.	78
4.3. SARLAFT.....	79
5. Protección de datos personales.....	80
5.1. Conceptos.	80
5.1.1. Introducción: ¿Qué son datos personales?.....	80
5.1.2. Definiciones relevantes en materia de protección de datos personales.....	80
5.1.3. ¿Debe cumplir una ESAL con el régimen legal aplicable en materia de protección de datos personales en Colombia?	82
5.2. Normativa aplicable a la protección de datos personales.	83
5.3. Obligaciones que debería cumplir una ESAL en materia de protección de datos personales.	85
5.3.1. Obligaciones como responsable del tratamiento.....	85
5.3.2. Obligaciones como encargado del tratamiento.....	86
5.4. El Programa Integral de Gestión de Protección de Datos (PIGPD).	87
5.4.1. El oficial de protección de datos.....	87
5.4.2. Condiciones de los documentos a implementar en el marco del PIGPD.	89
6. Contratación estatal y transparencia	93
6.1. Aspectos generales	93
6.1.1. Capacidad de las ESALES para contratar con el Estado.	93
a) Trabajo con población vulnerable.	93
6.1.2. Posibilidad del Estado de contratar con ESAL.....	94
6.2. Idoneidad de las ESALES.....	94
6.2.1. Objeto de la ESAL.....	94

6.2.2.	Estructura organizacional.....	94
6.2.3.	Indicadores de Eficiencia.....	94
6.2.4.	Experiencia.....	95
6.2.5.	Reconocimiento.....	95
6.3.	Proceso de selección.....	95
6.4.	Etapa de ejecución.....	96
6.5.	Liquidación.....	96

II. ANTECEDENTES

Compartamos con Colombia ("Compartamos") ha manifestado su interés en conocer el régimen jurídico aplicable a las ESALES con relación a los temas señalados en el párrafo anterior, con el propósito de entender el marco legal y aplicar dichos conocimientos en sus actividades diarias y para el fortalecimiento del sector social del país.

III. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS ESALES EN DISTINTAS MATERIAS

1. Asuntos corporativos y gobernanza

1.1. Generalidades corporativas | ESALES.

1.1.1. Definición ESALES.

Personas jurídicas, capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones, de ser representadas judicial y extrajudicialmente, con sujeción a las disposiciones legales y a sus propios estatutos, constituidas para la realización de fines altruistas o de beneficio comunitario no contemplando dentro de su objeto la distribución de excedentes.

*"Las ESALES son personas jurídicas, capaces de ejercer derechos judicial y extrajudicialmente, con sujeción a las disposiciones legales y a sus propios estatutos. Nacen por voluntad de los asociados en virtud del derecho constitucional de asociación o por la libertad de disposición de los bienes de los particulares, para la realización de fines altruistas o de beneficio comunitario, de lo que se infiere que la ausencia de lucro es una de las características fundamentales, lo cual significa, que no existe reparto de utilidades o remanentes generados en el desarrollo de sus objetivos, ni es viable el reembolso de los bienes o dineros aportados a la entidad."*¹

1.1.2. Características de las ESALES.

a) Naturaleza jurídica.

Una organización legamente constituida, de carácter civil que se rige por el derecho privado. En sí misma, es una persona jurídica, esto es, un ente de creación legal, capaz de ejercer derechos, contraer obligaciones y de ser representada judicial y extrajudicialmente. (Código Civil, artículo 633).

b) Objeto.

¹ Cámara de comercio de Cúcuta. ESALES, Noviembre de 2009. Disponible en <http://www.cccucuta.org.co/uploads_descarga/desc_06bcbe5484dff917e6bd6a01353f4d5a.pdf>

Se ha entendido que el objeto de las ESALES no es la persecución de un beneficio económico, sino que principalmente persiguen un beneficio de interés general o utilidad común, dirigido a un grupo determinado de personas o hacia la comunidad en general.

c) Actividades permitidas.

En términos generales, las ESALES podrán desempeñar cualquier actividad lícita. La determinación específica de las actividades que pueden llevar a cabo las ESALES dependerá del tipo específico de ESAL que se pretenda constituir de acuerdo con las modalidades permitidas por la ley.

- Se debe tener en cuenta la noción de actividades meritorias consagrada en el artículo 359 del Estatuto Tributario. Para las ESALES que pretendan pertenecer al régimen tributario especial, las actividades a ser desarrolladas deberán ajustarse a la noción de actividades meritorias consagrada en el artículo 359 del Estatuto Tributario, en el cual se enlistan una serie de actividades permitidas². Sin que lo anterior suponga que las ESALES no puedan desempeñar actividades diferentes a las actividades meritorias de las cuales se puedan obtener ingresos, siempre y cuando éstos se reinviertan en el desarrollo de la actividad meritoria.³
- Es perfectamente viable para una ESAL llevar a cabo cualquier tipo de actividad comercial. No debe confundirse el “ánimo de lucro” con la posibilidad de “generar utilidades” y “ejercer el comercio”. La expresión sin ánimo de lucro se refiere, exclusivamente, a la imposibilidad de las ESALES para distribuir entre sus miembros los excedentes de su actividad.⁴
- *Las ESALES pueden conformar sociedades comerciales.* La Superintendencia de Sociedades ha reiterado que no existe disposición legal que impida que una o varias ESALES de manera autónoma o junto con otros socios u accionistas conformen una sociedad comercial, siempre que así este permitido por los estatutos de la entidad. La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios u accionistas individualmente considerados y, por lo tanto, la participación de una ESAL en el capital de una sociedad comercial no cambia su naturaleza a comercial.⁵

d) No reparto de excedentes o beneficios.

Uno de los aspectos esenciales que caracteriza a las ESALES es su fin no lucrativo, lo que significa que las ESALES no podrán tener la finalidad de la distribución o reparto entre sus asociados de los rendimientos que resulten del desarrollo de su actividad.

² En el siguiente link se podrá encontrar una descripción detallada de las actividades meritorias:

<https://www.dian.gov.co/impuestos/sociedades/ESAL/Relaci%C3%B3n%20de%20actividades%20meritorias%20y%20actividades%20econ%C3%B3micas/Paginas/default.aspx>

³ DIAN. Concepto Unificado No. 481 del 27 de abril de 2018

⁴ Cfr. Villegas De Bedout, Beatriz Elena y otros. ESALES: Asociaciones, Fundaciones y Corporaciones. Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Mayo de 2019. p.49

⁵ Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-159869 del 27 de noviembre de 2015.

e) Patrimonio.

El patrimonio de las ESALES, no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que conforman la entidad. El reembolso de aportes no procede ni cuando un miembro se retira, ni al cierre del ejercicio contable, ni ante la liquidación de la entidad (Código Civil, artículo 637).

1.2. Clasificación ESALES.

Existen diversas clasificaciones de las ESALES, usualmente, en razón a la actividad que éstas desarrollan, el fin que persiguen o atendiendo a si en ellas predomina un elemento patrimonial o asociativo.

Así, algunas categorías comprenden ESALES culturales, ambientales, científicas, tecnológicas, e investigativas. ESALES gremiales, de beneficencia, profesionales, juveniles, sociales, cívicas y de naturaleza religiosa.

Sin tratarse de una enunciación taxativa, bajo la denominación de ESALES se encuentran las siguientes entidades⁶:

- Fundaciones/Corporaciones/ Asociaciones
- Juntas de Acción Comunal
- Entidades de naturaleza cooperativa
- Fondos de empleados
- Entidades ambientalistas
- Entidades científicas, tecnológicas, culturales, e investigativas (se registran en las cámaras de comercio)
- Cajas de compensación familiar
- Instituciones de educación superior
- Instituciones de educación formal y no formal
- Iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, sus federaciones, confederaciones, asociaciones de ministros
- Sindicatos y asociaciones de trabajadores y empleadores
- Partidos y movimientos políticos
- Propiedades horizontales
- Personas jurídicas extranjeras de derecho privado sin ánimo de lucro, con domicilio en el exterior y que establezcan negocios permanentes en Colombia
- Asociaciones mutuales
- Instituciones auxiliares del cooperativismo
- Asociaciones de copropietarios, coarrendatarios, arrendatarios de vivienda compartida y vecinos
- Instituciones de utilidad común que prestan servicios de bienestar familiar

⁶ Rodríguez Burgos, Liliانا Patricia. ABC, lo que hay que saber de las ESALES - ESAL - Confederación Colombiana de ONG – CCONG. Disponible en:
< https://ccong.org.co/files/728_at_Lo%20que%20hay%20que%20saber%20de%20las%20ESAL,%20agosto%20de%202016.pdf>

- Asociaciones agropecuarias y campesinas nacionales y no nacionales
- Entes gremiales
- Asociaciones profesionales; juveniles; sociales; de egresados, de padres de familia

1.2.1. Fundaciones/Corporaciones y Asociaciones.

a) Fundaciones.

Las fundaciones son personas jurídicas sin ánimo de lucro de índole patrimonial. El concepto de fundación implica un conjunto de bienes afectos a una finalidad particular, que al criterio de sus fundadores pueda generar bienestar social. La esencia de las fundaciones es la destinación de unos fondos preexistentes a la realización efectiva de un fin de beneficencia pública, de utilidad común o de interés social. *"Dada la naturaleza eminentemente patrimonial de las fundaciones, se dice que éstas existen mientras subsista su patrimonio, aun cuando sus administradores, sean personas naturales o jurídicas, dejen de existir, ya que éstos pueden ser remplazados por otros y la fundación continuará existiendo".*⁷

El carácter patrimonial de las fundaciones hace que la constitución de este tipo de ESAL requiera una dotación inicial, adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines previstos. Así mismo, las fundaciones deberán tener el término de duración indefinido.

b) Corporaciones y Asociaciones.

Las corporaciones y asociaciones han sido catalogadas como ESALES de naturaleza asociativa. Es decir, su creación supone la unión de dos o más personas naturales o jurídicas con la finalidad de ofrecer bienestar físico, intelectual o moral a sus asociados o a la comunidad en general.

*"La base fundamental para la existencia de una asociación o corporación son las personas que la conforman, es decir, los asociados de la misma. Se dice que la asociación o corporación existe mientras sus asociados lo hagan, o hasta cuando éstos decreten la disolución de la misma, o cuando la reducción del número de asociados conlleve su disolución".*⁸

Ni las Asociaciones, ni las Corporaciones, tienen un número mínimo o máximo de afiliados y se regulan plenamente por sus estatutos.

1.2.2. Entidades de Economía Solidaria.

Las Entidades de Economía Solidaria se caracterizan por ser entes cuya organización se asemeja a una empresa, cuyo objeto social contempla el desarrollo de actividades socioeconómicas tendientes a satisfacer las necesidades de sus asociados y el desarrollo de obras de servicio comunitario. Estas ESALES realizan actividades que se caracterizan por la cooperación, ayuda mutua, solidaridad y autogestión de sus asociados. Este tipo de ESALES se encuentran reguladas principalmente por Ley 454 de 1998.

⁷ Gaitán Sánchez, Óscar Manuel. Guía Práctica de las ESALES y del Sector Solidario. Cámara de Comercio de Bogotá. Enero 2014. p.10.

⁸ Gaitán Sánchez, Óscar Manuel. Guía Práctica de las ESALES y del Sector Solidario. Cámara de Comercio de Bogotá. Enero 2014. p.10-11.

Dentro de las Entidades de Economía Solidaria se encuentran, entre otras:

- Precooperativas
- Cooperativas
- Instituciones auxiliares de economía solidaria
- Fondos de empleados
- Asociaciones mutuales
- Empresas comunitarias
- Cooperativas de trabajo asociado

Particularmente, en relación con las cooperativas, se ha señalado que éstas son empresas asociativas sin ánimo de lucro, en las cuales los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general. Deben constituirse con un número mínimo de 20 personas⁹.

1.2.3. Entidades Extranjeras de Derecho Privado Sin Ánimo de Lucro con domicilio en el exterior.

Las personas jurídicas extranjeras de derecho privado y las organizaciones no gubernamentales extranjeras sin ánimo de lucro, con domicilio en el exterior, que establezcan negocios permanentes o deseen desarrollar su objeto social en Colombia, deberán constituir en el lugar donde tengan tales negocios o en el lugar de su domicilio principal en el país, apoderados con capacidad para representarlas judicialmente (Decreto Ley 019 de 2012, Artículo 50).

Para tal fin deberán elevar a escritura pública prueba idónea de la existencia y representación de dichas personas jurídicas y del correspondiente poder. Un extracto de los documentos protocolizados se inscribirá en el registro de la respectiva cámara de comercio del lugar.

1.2.4. Cajas de Compensación Familiar.

Las Cajas de Compensación Familiar son un tipo de ESAL, creadas para mejorar la calidad de vida de las familias de los trabajadores, por medio de la gestión y entrega de subsidios y servicios de una parte de los aportes de seguridad social que realizan los empleadores (artículo 151 de la Ley 1450 de 2011).

Entre los diferentes tipos de beneficios que otorgan las cajas de compensación, se encuentran aspectos relacionados con salud, educación, recreación, cultura, turismo, deportes, vivienda, crédito y microcrédito. La principal fuente de financiación de estas entidades proviene del porcentaje de los aportes de seguridad social que pagan los empleadores sobre el salario de los trabajadores permanentes que tienen a su cargo (artículo 7 de la Ley 21 de 1982) o de los aportes de los trabajadores independientes de ser el caso.

⁹ DANSOCIAL. Curso básico de economía solidaria. Disponible en:
<https://issuu.com/janumarsam/docs/curso_basico_de_economia_solidaria>

La vocación social que orienta sus actividades ha sido reconocida desde su concepción misma donde se determinó que las cajas de compensación son entidades sin ánimo de lucro "por el sistema económico que las orienta, sin lugar al reparto de dividendos o ganancias entre sus afiliados, sino meramente el fin social que deben cumplir en el desempeño de las funciones de Seguridad Social"¹⁰.

1.2.5. Instituciones de educación formal y no formal (Ley 115 de 1994).

El artículo 3 de la ley 1115 de 1994 señala que: *"el servicio educativo será prestado en las instituciones educativas del Estado. Igualmente, los particulares podrán fundar establecimientos educativos en las condiciones que para su creación y gestión establezcan las normas pertinentes y la reglamentación del Gobierno Nacional. De la misma manera el servicio educativo podrá prestarse en instituciones educativas de carácter comunitario, solidario, cooperativo o sin ánimo de lucro."*

El Decreto 2150 de 1995, proferido por el gobierno nacional, facultó a las cámaras de comercio para registrar, inscribir estatutos, reformas, nombramientos de representante legal, libros, disolución y liquidación de ciertas ESALES, sin embargo, en su artículo 45 estableció algunas excepciones a este registro, dentro de las que se encuentran las instituciones de educación formal y no formal a que se refiere la Ley 115 de 1994. Por lo anterior, la institución encargada por delegación para otorgar personería jurídica y legalizar los demás actos relacionados con este tipo de ESALES serán las Secretarías de Educación Distrital.

1.2.6. Cooperativas.

La Ley 454 de 1998 determinó el fortalecimiento de las cooperativas, como entidades eficaces para contribuir al desarrollo económico, social y laboral del Estado. Entre los objetivos de este tipo de ESAL se ha identificado el desarrollo integral del ser humano, la promoción de prácticas solidarias de trabajo y economía social, la participación y acceso a la formación, el trabajo y la propiedad.

Bajo este tipo de ESALES *"los trabajadores o los usuarios son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general."*¹¹

En cuanto a los requisitos especiales de constitución de las cooperativas, se tiene un mínimo de 20 asociados, el pago del 25% de los aportes iniciales y la acreditación de una jornada de capacitación de los fundadores. La autorización de constitución y funcionamiento será expedida por la Superintendencia de Economía Solidaria, cuando se contemple en los estatutos sección de ahorro y crédito o que se indique que tienen ahorros o depósitos en cualquier modalidad.

¹⁰ Méndez, Rafael. Las Cajas de Compensación Familiar su obra social. Bogotá, Universidad El Externado. 1978, p.3

¹¹ Cámara de comercio de Cúcuta. ESALES, Noviembre de 2009. Disponible en <http://www.cccucuta.org.co/uploads_descarga/desc_06bcbe5484dff917e6bd6a01353f4d5a.pdf>

1.3. Constitución.

1.3.1. Proceso de constitución¹².

En términos generales, la ruta para la constitución de una ESAL es la siguiente:

- Antes de constituir una ESAL, entre otros aspectos, se deberá validar el nombre para verificar que no haya sido registrado anteriormente (homonimia); consultar acerca de la actividad económica que se va a desarrollar; verificar que la actividad pueda ser desarrollada en la ubicación elegida; establecer el grupo de miembros iniciales; y, revisar las marcas que se pretenden usar para asegurarse que no se encuentre registradas.
- Preparar el documento que contiene la aprobación de la creación de la entidad al igual que los estatutos de la misma, el cual puede ser un documento privado, acta o escritura pública. Los estatutos deberán contener los requisitos exigidos por el artículo 40 del Decreto 2150 de 1995.
- Diligenciar los formularios de Registro Único empresarial.
- Preparar el listado de asociados indicando nombre completo, número de documento de identidad, fecha de expedición y domicilio.
- Preparar y suscribir las cartas de aceptación de las personas nombradas en los cargos de representantes legales, miembros de junta directiva o consejo de administración y revisores fiscales, si lo tienen, indicando número y fecha de expedición del documento de identidad de los nombrados.
- Proceder con el registro de la ESAL ante la Cámara de Comercio, del domicilio en el cual va a desarrollar sus actividades. Para este fin se deberán cancelar los derechos de inscripción y el impuesto de registro al momento de presentar la documentación señalada anteriormente. En cuanto a los derechos de inscripción, los conceptos o rubros a pagar son los siguientes: (i) Un derecho de registro por el documento de constitución; (ii) un impuesto de registro con cuantía, que se liquida con una tarifa del 0,7% del patrimonio inicial, si no se expresa el valor del patrimonio para el caso de las asociaciones y corporaciones, el impuesto de registro se cobrará sin cuantía; y, (iii) un derecho por cada certificado de existencia y representación que solicite.
- Una vez se obtenga la inscripción ante la Cámara de Comercio, se deberá: (i) reclamar el Registro Único Tributario (RUT) y formalizar la inscripción de la entidad al sistema tributario; (ii) proceder con la inscripción del libro de actas de la entidad; y (iii) presentar ante la autoridad que le compete la inspección, vigilancia y control, el certificado de registro respectivo expedido por la correspondiente cámara de comercio, dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha de la inscripción (Decreto 427 de 1996, artículo 12, compilado en el artículo 2.2.2.40.1.12. del Decreto 1074 del 2015).

¹² Este apartado se dedica a aquellas entidades que, están sometidas a la inscripción ante las cámaras de comercio.

1.3.2. Documento de constitución.

El acto constitutivo de una ESAL es el documento en el cual quedará plasmada la intención de sus constituyentes para constituir la entidad y cumplir con su objeto social. Las ESALES pueden ser constituidas por medio de documento privado que deberá estar reconocido por todos los constituyentes o por el presidente y secretario de la asamblea de constitución. En el caso de aporte de un bien inmueble al patrimonio de la entidad, será obligatorio la constitución de la ESAL por escritura pública.

En ambos casos, el documento deberá expresar por lo menos la información que señala el Decreto 2150 de 1995, esto es:

- Lugar, fecha y hora en que se llevó a cabo la asamblea de constitución.
- Nombre, documento e identificación y domicilio de quienes se asocian, o de el o los fundadores, según la naturaleza de la entidad.
- El tipo de entidad que desean constituir.
- Designación de presidente y secretario de la asamblea.
- Los estatutos, y la constancia de su aprobación por unanimidad.
- La elección del representante legal y demás miembros de los órganos de gobierno y fiscalización.
- Relación de los demás asuntos discutidos y aprobados por la asamblea.
- Firmas del presidente y secretario de la asamblea.

Cuando la constitución de la ESAL se realiza por medio de la escritura pública o documento privado, todos los otorgantes deben concurrir de forma personal o a través de apoderado para el otorgamiento y en dicho documento deben constar los estatutos.

1.3.3. Estatutos.

Los estatutos son las reglas internas por las que se va a regir la ESAL y en ellos se deberá establecer los lineamientos para el funcionamiento de la entidad. Los estatutos deben cumplir con unos requisitos generales con independencia del tipo de ESAL y unos especiales, previstos de acuerdo con cada tipo. Tratándose de fundaciones, corporaciones o asociaciones, el contenido mínimo de los estatutos es el siguiente:

- Nombre y sigla (si la tuviere)
- El domicilio, es decir, el lugar donde se va a desarrollar la actividad principal de la entidad y donde funcionará la administración.
- Relación detallada de las actividades que va a desarrollar la ESAL (objeto).
- El patrimonio y la forma de hacer los aportes; debe indicarse la suma de dinero entregada por los fundadores o constituyentes o su equivalente cuando se hagan aportes en especie. Se indicará la destinación de los dineros, el manejo que se dará al mismo para incrementarlo. Si hay un pago periódico de cuotas por parte de los asociados, deberá señalarse cómo y cuándo se harán. En el caso de las fundaciones, dado su carácter

patrimonial, se deberá indicar el patrimonio inicial destinado a realizar el objeto social y se deberá dejar constancia de que este fue pagado.¹³

- Duración. Se debe indicar el tiempo preciso de duración, con excepción de las fundaciones y entidades del sector solidario.
- Tipo de ESAL.
- Derechos, deberes y prohibiciones de sus miembros, y las condiciones para su admisión, retiro o suspensión.
- Estructura y funciones de los órganos de administración, así como las funciones y responsabilidades del cargo de representante legal (incluyendo lo relativo a la elección, las reuniones de los órganos de administración, su convocatoria, quórum deliberatorios y decisorios).
- Causales de disolución y el proceso de liquidación, incluyendo las disposiciones sobre la destinación del remanente de los bienes una vez disuelta o liquidada.

1.3.4. Registro ante Cámaras de Comercio.

Desde 1996, el Estado Colombiano delegó en las Cámaras de Comercio la función de llevar el registro de las ESALES. Mediante el registro se da publicidad a la situación jurídica de las ESALES. En el registro deberán inscribirse la escritura pública de constitución o del documento privado reconocido para la obtención de la personería y una serie de actos determinados por la ley. El Decreto Reglamentario 427 de 1996, compilado en el Decreto 1074 del 2015, establece cuáles son las ESALES que se deben registrar ante las Cámaras de Comercio y las excepciones a dicho registro.

a) ESALES que deben registrarse ante las Cámaras de Comercio.

Entre aquellas ESALES que deben registrarse ante las Cámaras de Comercio, se encuentran:

- Asociaciones, corporaciones, fundaciones e instituciones de utilidad común (gremiales, de beneficencia, de profesionales, juveniles, sociales, democráticas y participativas, cívicas y comunitarias, de egresados, agropecuarios y campesinos, y clubes sociales).
- Entidades científicas, tecnológicas, culturales e investigativas.
- Entidades cuyo objeto sea el desarrollo de planes y programas de vivienda de interés social, excepto si se trata de ESALES integradas por familias interesadas en la autoconstrucción de sus viviendas.
- Asociaciones de padres de familia de cualquier grado.
- Asociaciones de instituciones educativas.
- Asociaciones sin ánimo de lucro o de economía solidaria formadas por padres de familia y educadores.
- Asociaciones agropecuarias y campesinas nacionales y no nacionales; y asociaciones de segundo y tercer grado.
- Corporaciones, asociaciones y fundaciones creadas para adelantar actividades en comunidades indígenas.

¹³ Cfr. Villegas De Bedout, Beatriz Elena y otros. ESALES: Asociaciones, Fundaciones y Corporaciones. Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Mayo de 2019. p.49

- Asociaciones de copropietarios, coarrendatarios, arrendatarios de vivienda compartida y vecinos, diferentes a las de propiedad horizontal regidas por la Ley 182 de 1948, la Ley 16 de 1985 y la Ley 675 de 2001.
- Entidades ambientalistas.
- Personas jurídicas extranjeras y ONG extranjeras de derecho privado sin ánimo de lucro, con domicilio en el exterior y que establezcan negocios permanentes en Colombia a través de apoderados con facultades para representarlas judicialmente.
- Veedurías ciudadanas y redes de veedurías
- Cooperativas, federaciones y confederaciones, instituciones auxiliares de la economía solidaria y precooperativas.
- Fondos de empleados.
- Asociaciones mutuales.
- Empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas.
- Entidades del sector solidario.
- Las demás organizaciones civiles, corporaciones, fundaciones y entidades privadas sin ánimo de lucro no sujetas a excepción.

b) Excepciones.

Entre aquellas ESALES que no deben registrarse ante las Cámaras de Comercio, se encuentran:

- Instituciones de educación superior (Ley 30 de 1992).
- Instituciones de educación formal y no formal (Decreto 4904 del 2009 y Ley 115 de 1994).
- Personas jurídicas que prestan servicios de vigilancia privada (Decreto 356 de 1994).
- Las iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, sus federaciones, confederaciones y asociaciones de ministros (Ley 133 de 1994).
- Organismos comunitarios de primero, segundo, tercer y cuarto grado, juntas de acción comunal, juntas de vivienda comunitaria y asociaciones comunales (Ley 537 de 1999 y Decreto Reglamentario 1774 del 2000).
- Entidades que presten servicios de bienestar familiar (Decreto 1422 de 1996 y Ley 1098 del 2006).
- Entidades reguladas por la Ley 100 de 1993 de seguridad social.
- Sindicatos y asociaciones de trabajadores y empleadores.
- Partidos y movimientos políticos.
- Cámaras de comercio reguladas por el Código de Comercio.
- Entidades privadas del sector salud (Decreto 1088 de 1991).
- Organizaciones gremiales de pensionados (Ley 43 de 1984).
- Casas cárcel (Ley 65 de 1993).
- Cajas de compensación familiar (Ley 21 de 1982).
- Propiedades regidas por leyes de propiedad horizontal (Ley 675 del 2001).

c) Del reconocimiento de la personería jurídica.

El Decreto 2150 de 1995, suprimió el acto administrativo mediante el cual se reconocía la Personería Jurídica de las ESALES. Así, estas entidades por regla general adquieren su personalidad y nacen a la vida

jurídica a partir de su registro ante la Cámara de Comercio (excepciones contempladas en el artículo 45 del Decreto 2150 de 1995 y artículo 3 del Decreto 427 de 1996).

1.4. Administración de las ESALES.

De conformidad con lo acordado en los estatutos que rigen a la entidad, cada ESAL tendrá una estructura particular de administración para lo cual, en los estatutos se deberá reflejar los órganos de administración y sus facultades.

1.4.1. Órganos de Administración.

Usualmente las ESALES cuentan con los siguientes órganos:

a) Asamblea General.

En la que intervienen todas las personas que conforman la ESAL. Al igual que en el caso de las sociedades comerciales, la asamblea general, es el máximo órgano de la entidad y su función es velar por el cumplimiento de los objetivos de la entidad. La asamblea general está conformada por todos los miembros o fundadores de una entidad y a quienes se vinculen con posterioridad a la constitución de la ESAL. En el caso de las fundaciones, la asamblea se ha designado también como el "Consejo de Fundadores".

b) Órganos de Dirección.

Órganos establecidos estatutariamente, que se encuentra a cargo del manejo administrativo y dirección del día a día de la entidad, comparte las responsabilidades de la gestión de la ESAL con el Representante Legal propendiendo por el desarrollo de los objetivos de la entidad, su funcionamiento y control. Estos órganos estarán conformados por las personas nombradas por la Asamblea General (usualmente, un número impar de miembros) y pueden elegirse renglones principales y suplentes. Igualmente, de su seno pueden elegirse presidente, vicepresidente, secretario, vocales, etc. Algunos ejemplos de los órganos de dirección son: (i) la Junta Directiva, (ii) Consejo Directivo, o (iii) Consejo de Administración.

c) Representante Legal.

Es la persona encargada de realizar todos los actos tendientes a que se cumpla con el objeto principal de la ESAL. Sobre el representante recae la representación legal y extrajudicial de la entidad y sus actuaciones vincularán a la ESAL, siempre que el representante legal actúa de conformidad con sus facultades en el marco de ley.

1.4.2. Órganos de Fiscalización.

a) Revisoría fiscal.

La función del revisor fiscal de una ESAL consiste en cerciorarse que los actos y operaciones desarrolladas por la entidad, se ajusten a lo establecido por los estatutos, los órganos directivos y, que a su vez sean ajustados a la ley. Para ello, el revisor fiscal deberá poder inspeccionar el manejo de los libros de actas, documentos contables y archivos en general de la entidad y su gestión debe ser realizada libre de todo interés que genere conflicto con los miembros de la ESAL.

b) ¿Cuándo es obligatorio tener revisor fiscal en una ESAL?

Tratándose de corporaciones y asociaciones, será obligatorio tener un revisor fiscal cuando: (i) en el momento de la constitución en los estatutos se haya creado dicho cargo, caso en el cual deberán nombrarlo y (ii) si alguna norma especial lo exige.

Al respecto es importante señalar que, el Consejo Técnico de la Contaduría en su Concepto No.124 de agosto 27 de 1997, refiriéndose a las asociaciones en particular expresó:

"Adicionalmente, y por no existir normatividad especial para las asociaciones en materia de revisoría fiscal, es procedente la aplicación analógica de las disposiciones comerciales por cuanto nuestro derecho positivo establece que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, ... Artículo 8o. de la Ley 153 de 1887..."

En consecuencia, se entiende que, al no existir una norma que expresamente obligue a las asociaciones o corporaciones a contar con un revisor fiscal, las mismas seguirán las reglas generales aplicables para las sociedades comerciales, esto es, que deberán entonces observar lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 43 de 1990, el cual establece:

"Parágrafo 2o. Será obligatorio tener revisor fiscal en todas las sociedades comerciales, de cualquier naturaleza, cuyos activos brutos al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior sean o excedan el equivalente de cinco mil salarios mínimos y/o cuyos ingresos brutos durante el año inmediatamente anterior sean o excedan al equivalente a tres mil salarios mínimos".

Por su parte, las fundaciones e instituciones de utilidad común deben consignar en los estatutos la existencia del cargo de revisor fiscal, de conformidad con lo dispuesto por el literal g del artículo 3 del Decreto 1529 de 1990.

Igualmente, tratándose de entidades del sector solidario, en principio, es necesario nombrar revisor fiscal, excepto en los casos en los que exista una norma que establezca lo contrario.

c) No debe confundirse la figura del Revisor Fiscal con el "fiscal".

El fiscal es un miembro de la entidad designado estatutariamente cuya elección suele estar a cargo de la asamblea general, quien, por sus calidades personales y/o profesionales, se designa para vigilar los procedimientos y acciones de la ESAL. No se trata pues del órgano de control independiente que supone la revisoría fiscal. Esta función puede estar a cargo de cualquier los miembros de la entidad sin incidir en el cargo que ocupe dentro de la organización.

1.4.3. Reuniones y toma de decisiones de la asamblea general.

La asamblea, el máximo órgano de administración de las ESAL, se rige bajo el precepto de la libertad de configuración. Este precepto supone que las ESAL pueden determinar cualquier configuración de sus órganos de administración, por lo que es de vital importancia que estatutariamente se indique cómo se compone dichos órganos, cuáles serán sus funciones, y se fijen el quorum deliberatorio y decisorio aplicables. De todo lo acontecido en las reuniones de la asamblea deberá dejarse constancia en un acta.

a) Convocatoria.

Para las ESALES, las disposiciones en relación con la convocatoria se fijan libremente. Es por ello que los estatutos deberán determinar la antelación, el medio y “el órgano” de la ESAL que está facultado para convocar. En esta tarea, se deberá tener presente también el tipo de reunión de que se trate y la determinación o no de incluir la agenda de temas a ser discutidos.

b) Reuniones de la asamblea general.

El numeral 7 del artículo 40 del Decreto 2150 de 1995 establece la obligatoriedad de mencionar en los estatutos la periodicidad de las reuniones ordinarias y los casos en los que se debe convocar a las extraordinarias. En adición a esta disposición, lo referente a las reuniones de los órganos de administración de las ESALES no ha sido objeto de regulación extensiva por lo que es una práctica aceptada las ESALES adoptar algunos de los mecanismos que consagran las sociedades comerciales, para lo cual, dichas disposiciones deberán ser objeto de regulación estatutaria. Es de advertir que mientras para el caso de las sociedades comerciales algunas de dichas figuras operan por virtud de la ley, en las ESALES no funciona así por no haber una remisión expresa a este tipo de entidades.

Así, en relación con el tipo de reuniones, en los estatutos se deben establecer como mínimo dos clases de reuniones: Ordinarias y Extraordinarias.

Como su denominación lo indica, las reuniones ordinarias se deben efectuar como mínimo una vez al año dentro de los tres primeros meses siguientes a la finalización del ejercicio anterior. Este tipo de reuniones, siguiendo la práctica establecida para las sociedades comerciales tendrá por objeto, entre otros: (i) Examinar la situación administrativa y financiera de la entidad; (ii) aprobar los Estados Financieros; (iii) establecer directivas para el desarrollo del objeto social; y (iv) Elegir administradores y demás funcionarios.

En cuanto a las reuniones extraordinarias, éstas se convocan en casos especiales, cuando lo exijan las necesidades imprevisibles o urgentes. Usualmente en este tipo de reuniones la asamblea no podrá tomar decisiones sobre temas no incluidos en el orden del día.

Igualmente, son aplicables para las reuniones de la asamblea general de una ESAL, siempre que así se prevea en los estatutos de la entidad, los siguientes tipos de reuniones:

i. Reunión de segunda convocatoria.

Esta tiene lugar cuando Llegado el día y hora de una reunión no existe quórum para deliberar y se procede a citar una nueva reunión. Generalmente se dispone que las reuniones de segunda convocatoria, tendrá que celebrarse no antes de 10 días ni después de 30 hábiles, contados desde la fecha fijada para la primera reunión y que en la reunión de segunda convocatoria se podrá deliberar y decidir con el número de miembros presentes.

ii. Reunión universal.

Es aquella en que se encuentra el 100% de los asociados y existe voluntad en constituirse en asamblea general. No necesita convocatoria y se pueden reunir en cualquier sitio, hora y lugar.

iii. Reunión por derecho propio.

Tiene lugar cuando no se haya celebrado reunión ordinaria, por falta de convocatoria. Esta reunión se celebrará el primer día hábil del mes de abril a las 10:00 a.m. en las oficinas del domicilio principal de la sociedad. En ella podrá deliberarse y decidir con cualquier número plural de asociados.

iv. Reuniones no presenciales.

Reguladas por la Ley 222 de 1995 para las sociedades, se utilizan en los eventos en los que los órganos de administración o el órgano máximo no pueden estar reunidos en un mismo sitio. Sus modalidades son dos principalmente: comunicación simultánea y/o sucesiva, y comunicaciones escritas.

c) Quórum

El quórum lo constituye un número determinado de miembros de la ESAL que pueden tomar decisiones validas, mediante la expresión del voto.

Cada asociado tiene derecho a un voto, independientemente del valor de los aportes que haya efectuado a la entidad. Todos los votos son de la misma clase, no hay votos con carácter preferente.

Mientras que el quórum deliberatorio indica el número de asociados requeridos para discutir temas de la entidad. El quórum decisorio es entendido como el número determinado de miembros de la entidad para que con su voto dichos miembros puedan decidir las cuestiones sometidas a su consideración.

Se destaca que, para el caso de las asociaciones y corporaciones, el Código Civil en su artículo 638 señala que se tendrá el quórum deliberatorio con la mayoría de los miembros y quórum decisorio con la mayoría del quórum deliberativo.

1.4.4. Reuniones y toma de decisiones de los órganos de administración.

Las consideraciones en relación con las reuniones y toma de decisiones de la asamblea general, serán aplicables también para las reuniones de los demás órganos de administración de la ESAL.

1.5. Reformas Estatutarias y Otros actos sujetos a registro.

1.5.1. Reformas Estatutarias.

*"Se entiende por reforma estatutaria cualquier modificación que se introduzca a los estatutos de constitución de la entidad, diferentes a nombramientos de órganos de administración, fiscalización y representación legal."*¹⁴

¹⁴ Cámara de Comercio de Bogotá. Vademécum de Registro de las ESALES – ESALES. Disponible en: <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/8342/VADEMECUM%20DE%20REGISTRO%20ESALES.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

El Artículo 42 del Decreto-Ley 2150 de 1995 determinó que las reformas estatutarias se inscribirían en las cámaras de comercio, en las mismas condiciones previstas para el registro de actos de las sociedades comerciales.

Para adelantar la reforma estatutaria, los asociados realizarán una reunión donde aprobará modificar total o parcialmente los estatutos de la ESAL, de dicha reunión se elevará un acta, la cual será objeto de registro. Esta acta contendrá, las cláusulas de los estatutos reformadas que regirán a partir de su aprobación. El acta debe estar firmada por las personas que actuaron como presidente y secretario de la reunión y debidamente aprobada por el órgano que se reúne o por las personas designadas para tal efecto.

Los efectos de las reformas se dan para los miembros de la entidad desde el momento de su adopción, lo que equivale al momento en el que el máximo órgano adopte la decisión. Ahora bien, los efectos frente a terceros se producen desde el momento en que se inscriba en el registro que es administrado por las cámaras de comercio.

Sobre las reformas estatutarias se ha determinado que en el caso de las ESALES no será procedente su transformación a una sociedad comercial.

1.5.2. Otros actos sujetos a registro.

En adición a las reformas estatutarias, también habrán de inscribirse en el cámara de comercio del domicilio de la ESAL, los siguientes actos:

- Actas de nombramientos de órganos de administración y control.
- Actas de nombramiento del representante legal.
- Disolución y liquidación de la ESAL.
- Actuaciones administrativas que ordenen la suspensión o cancelación de la personería jurídica, para aquellas ESALES del régimen especial.

1.6. Disolución y Liquidación.

1.6.1. Concepto y causales.

La disolución es la etapa que antecede a la liquidación, en la cual se decide la terminación de las actividades de la entidad. La disolución puede ocurrir por cualquiera de las siguientes causales (Decreto 1066 de 2015, artículo 2.2.1.3.11):

- Vencimiento del término de duración
- Decisión del máximo órgano conforme a los reglamentos y estatutos.
- Cancelación de la personería jurídica por decisión de autoridad competente.
- Por apertura de la liquidación obligatoria u orden de autoridad competente.

Igualmente, la Ley 1727 del 2014, artículo 31, establece que tanto las sociedades comerciales como las demás personas jurídicas que en los últimos 5 años no hayan renovado la matrícula mercantil o el registro, se encuentran expuestas a una causal de disolución inmediata.

Tratándose de la disolución por causales estatutarias o por determinación del máximo órgano social, la asamblea general declarará la disolución y designará al liquidador. En las fundaciones, habrá de tenerse

en cuenta que la terminación del patrimonio o la destrucción de los bienes destinados a su actividad dará lugar también a la disolución de la entidad.

1.6.2. Efecto.

Una vez decretada o aprobada la disolución de la ESAL, la entidad no puede continuar desarrollando actividades, excepto las encaminadas a su liquidación. A partir de la declaratoria de disolución, la entidad entra en proceso de liquidación y a su nombre deberá adicionarse la expresión "en liquidación".

a) Trámite de liquidación.

Una vez inscrita el acta de disolución en la cámara de comercio, el liquidador debe cumplir con lo siguiente:

- Publicar tres (3) avisos en un periódico de amplia circulación nacional, dejando entre uno y otro un plazo de 15 días hábiles, en los que informará sobre el proceso de liquidación que adelanta la entidad.
- Elaborar los inventarios y el balance final de la entidad.
- Pagar el pasivo externo.
- El remanente del activo patrimonial se debe entregar a la entidad que haya escogido la asamblea, según lo previsto en los estatutos.
- El proyecto de adjudicación del activo patrimonial debe someterse a consideración de la asamblea de asociados y elaborarse el acta en que conste su aprobación.
- Se debe inscribir el acta que de cuenta de la aprobación del proyecto de adjudicación del activo patrimonial

1.7. Inspección, vigilancia y control de las ESALES.

1.7.1. Entes encargados de la inspección, vigilancia y control de las ESALES.

Con la expedición de la Ley 22 de 1987, el Presidente de la República, en ejercicio de las atribuciones constitucionales, delegó en los Gobernadores de los Departamentos y en el Alcalde Mayor de Bogotá D.C. la función de inspección, vigilancia y control sobre las ESALES (igualmente ver Decreto 1529 de 1990 y Decreto 1066 del 2015).

Así mismo, dependiendo del objeto social de la entidad, las mismas están reguladas por distintas entidades del nivel nacional tales como el Ministerio de Educación, Ministerio de Salud, y el ICBF entre otras. Así mismo, las ESAL deben remitir información a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

1.7.2. Alcance de las facultades de inspección, vigilancia y control de las ESALES.

En relación con el alcance de las facultades de inspección, vigilancia y control de las ESALES, se ha seguido el alcance aplicable a sociedades comerciales, así:

- a) Inspección
Es la facultad para solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalles y términos que se determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de la entidad.
- b) Vigilancia
Es la facultad para verificar las entidades en su formación, funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social para que se ajusten a la ley y a los estatutos. La vigilancia se ejerce en forma permanente.
- c) Control
Es la facultad para ordenar los correctivos necesarios en orden a subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico, administrativo o de impacto social.

Así mismo, en concordancia con las actividades de inspección, vigilancia y control sobre las ESALES, las autoridades están facultadas para imponer sanciones cuando se genere un incumplimiento de por parte de las entidades, entre ellas, la cesación del acto ilegal e imponer multas; ordenar la separación del cargo del representante legal y demás dignatarios; la congelación transitoria de fondos de la entidad y la cancelación de la personería jurídica.

1.8. Gobierno Corporativo.

1.8.1. Alcance del Concepto de Gobierno Corporativo.

En términos generales, el concepto de "gobierno corporativo" hace referencia a un conjunto reglas, procedimientos, prácticas, y principios de cultura, que regulan el diseño, integración y funcionamiento de los órganos de gobierno de una organización, con el objeto de promover la competitividad en la gestión administrativa, el uso eficiente de los recursos y la coordinación entre los intereses de los individuos, de la organización y de la sociedad.

En consecuencia, visto como un sistema, el gobierno corporativo (i) se ocupa de la gestión de las relaciones entre la dirección de las organizaciones, sus consejos de administración, sus miembros y los llamados "*stakeholders*" u otras partes interesadas; (ii) regula la estructura de poder que rigen los mecanismos a través de los cuales las organizaciones son dirigidas y controladas; (iii) establece los principios de gobernanza institucional que imponen unos estándares de comportamiento, teniendo como base los principios definidos por la ética aplicada a la gestión de las actividades propias de la organización; y (iv) orienta la fijación de las políticas, metas, indicadores de seguimiento, evaluación de la gestión, acciones correctivas, sistemas de control y reporte de información.¹⁵

¹⁵ Cfr. Gaitán Riaño, Sandra. Gobierno Corporativo en Colombia. Tendencias actuales. Ad-Minister, Universidad EAFIT, No. 15, julio -diciembre de 2009. Medellín.

1.8.2. El gobierno corporativo en las ESALES¹⁶

En atención a la capacidad de las ESALES de impactar su entorno y producir cambios que trascienden la organización, resulta conveniente que las ESALES adopten instrumentos de gobierno corporativo que optimicen la consecución de sus fines de interés general /utilidad común y contribuyan a la eficiencia en la administración de la entidad.

De hecho, en este tipo de organizaciones, se ha entendido que el gobierno corporativo desempeña un papel fundamental (i) como potencializador del impacto de las actividades que desempeñan las ESALES; (ii) contribuye también a garantizar la perdurabilidad de la entidad; y, (iii) recientemente se ha posicionado como un elemento que contribuye a consolidar la confianza de los donantes. Así mismo, se reconoce que el gobierno corporativo en las ESALES contribuye en el manejo reputacional.

En relación con la confianza de los donantes, se ha identificado que uno de los desafíos que comúnmente enfrentan las ESALES se relaciona con la dependencia de las fuentes de financiación provenientes de las donaciones. Esto a su vez, ha hecho más apremiante la necesidad para las ESALES de contar con sistemas que les permita poder reportar a *stakeholders* mediante la entrega de información fidedigna y actualizada sobre los resultados de su gestión y las estrategias adoptada.

"(...) el gobierno corporativo de una ESAL se ocupa, entre otros, de las relaciones entre el director ejecutivo y la junta directiva, de la planeación de la sucesión gerencial, de las políticas estratégicas para la gestión del talento humano y el conocimiento tácito en la organización, de la estructuración de una arquitectura de control adecuada y de la administración del riesgo, de las prácticas de transparencia y rendición de cuentas, y del papel de las asambleas, todo lo cual afecta la capacidad de la ESAL para cumplir con su propósito y generar el mayor impacto posible en su desarrollo(...)"¹⁷

1.8.3. Aspectos claves de gobierno corporativo en las ESALES.

Sin que se pretenda que se trate un listado exhaustivo, a continuación, se enuncian algunos de los aspectos que deberán integrar el sistema de gobierno corporativo de una ESAL:

¹⁶ En esta materia se sugiere consultar: Aristizábal Ospina Juan David. y otros. Gobierno corporativo : en las entidades sin ánimo de lucro en Colombia. Colegio de Estudios Superiores de Administración – CESA, Bogotá 2019

¹⁷ Aristizábal Ospina Juan David. y otros. Gobierno corporativo : en las entidades sin ánimo de lucro en Colombia. Colegio de Estudios Superiores de Administración – CESA, Bogotá 2019. P 25

a) Estructura administrativa.

- Deberá procurarse el correcto funcionamiento de la asamblea de miembros/asociados. Habrá de considerarse los mecanismos de convocatoria, participación y representación en las reuniones y divulgación de la información. Al igual que en las sociedades comerciales, la asamblea en las ESALES desempeña un papel preponderante en tanto está a cargo de determinar la orientación general de la organización, de elegir a los miembros del consejo directivo/consejo de administración, elegir al revisor fiscal, determinar el presupuesto, aprobar las reformas estatutarias, así como adoptar la disolución y liquidación de entidad.

- En relación con la junta o consejo directivo, la responsabilidad de este órgano al igual que en una sociedad recae en establecer lineamientos estratégicos e implementar planes de acción para el desarrollo del objeto social. Una de las funciones claves de este órgano en las ESALES consiste en diseñar e implementar las estrategias para la consecución de recursos. La presencia de miembros profesionales e independientes potencian el desempeño de las ESALES no solo porque contribuyen a formalizar y profesionalizar el funcionamiento de estos órganos colegiados, *"sino también porque amplían la red social y la capacidad de construir buenas relaciones con los diferentes grupos de interés"*.¹⁸

- El papel de los fundadores cobra especial relevancia en materia de gobierno corporativo en las ESALES. La multiplicidad de roles que desempeña el fundador (como director ejecutivo, miembro de junta directiva, representante legal) representa un riesgo para la organización puesto que se afecta el balance de poderes. Adicionalmente, la concentración de poderes y funciones en un solo individuo compromete la perdurabilidad de la ESAL y su legado, en caso de que el mismo se ausente. Se debe entonces propender por limitación de los roles y responsabilidad y cadenas claras de mandos de control.

¹⁸ Aristizábal Ospina Juan David. y otros. Gobierno corporativo: en las entidades sin ánimo de lucro en Colombia. Colegio de Estudios Superiores de Administración – CESA, Bogotá 2019. P 65

b) Revelación de información.

- Como se mencionó la implementación de sistemas de información para las ESALES constituye una herramienta clave en el proceso de generar confianza en sus *stakeholders* o partes interesadas. Las disposiciones tendientes a crear mecanismos de comunicación transparente y oportuna con dichos terceros y con sus miembros y asociados garantiza una mejor relación con dichos grupos de interés, contribuye a consolidar una reputación y favorece la búsqueda de financiamiento.
- La revelación de información debe propender por superar la mera rendición de cuentas y deberá buscar estar enfocada en el establecimiento de un sistema de comunicación que realmente permita evaluar el desempeño de la organización, la efectividad de los programas, la forma de gobierno y donde los donantes, beneficiarios y el mismo equipo pueda ofrecer retroalimentación.

c) Sucesión.

- La planeación de la sucesión es un aspecto clave en la perdurabilidad de las ESALES y debería representar uno de los pilares del sistema de gobierno corporativo. Muchas de estas instituciones evolucionan de una iniciativa particular de su fundador, quien a lo largo de la vida de la ESAL continúa ejecutando multiplicidad de roles, lo que genera un riesgo para este objetivo. Por lo tanto, la planeación de la sucesión deberá estar encaminada a determinar quién ocupará las posiciones gerenciales claves. Esto a su vez, impactará la manera en la que se gestiona el talento humano al interior de la entidad. Implica el desarrollo de carrera para los empleados de tal manera que se alineen intereses individuales con los objetivos organizacionales y se optimice la gestión de la entidad.
- Los planes de sucesión no se desarrollan exclusivamente para el nivel gerencial *"implican también diseñar esfuerzos para decantar, preservar, mantener y comunicar los frutos de la memoria y las experiencias únicas de la organización en el tiempo. Se refieren a capturar, preservar y comunicar la información respecto de lo que le permite a la organización ser exitosa en su operación y en la realización de sus objetivos. En consecuencia, la planeación de la sucesión se convierte en una forma de gestión del conocimiento, y requiere comunicación entre quienes comparten y quienes escuchan las experiencias valiosas, lo cual permite que las organizaciones se conviertan en una comunidad de conocimiento."*¹⁹

d) Arquitectura de control.

- La importancia de una arquitectura de control robusta es determinante para las ESALES debido a que a través de éstos se puede evaluar la capacidad de la organización de utilizar los fondos recolectados de una manera eficiente y consecuente con los propósitos de la entidad. El control interno permite hacer seguimiento a la efectividad y eficiencia de las operaciones y del cumplimiento de las leyes y regulaciones aplicables a la organización. Un sistema de control interno apropiado permite también salvaguardar la reputación de la organización, para lo cual el desarrollo de mapas de riesgo es una tarea clave.

¹⁹ Aristizábal Ospina Juan David. y otros. Gobierno corporativo : en las entidades sin ánimo de lucro en Colombia. Colegio de Estudios Superiores de Administración – CESA, Bogotá 2019. P 77

- Para cumplir con lo anterior, la consolidación de un ambiente ético de trabajo constituye una herramienta que puede verse traducida en la estructuración de códigos de ética o de conducta, manuales para la gestión de los conflictos de interés, políticas de gastos y de transacciones con partes relacionadas. Así mismo, el registro adecuado y oportuno de los movimientos financieros en un sistema contable que permita obtener información para la toma de decisiones y la rendición de cuentas y la estandarización de procesos y la realización de auditorías periódicas, son algunas otras herramientas que propenden por este objetivo.

1.8.4. La Circular No. 005 de 2013 Superintendencia de Economía Solidaria.

La Superintendencia de la Economía Solidaria puso a disposición de las entidades bajo supervisión la Guía de Buen Gobierno con el objetivo de brindarle a los asociados, directivos, administradores, órganos de control y vigilancia de las organizaciones solidarias, un instrumento de normativa interna, cuya aplicación pueda mitigar, minimizar y/o controlar los riesgos inherentes a la toma de decisiones; como también mejorar las relaciones entre los asociados, órganos de administración, vigilancia y control y usuarios de los servicios que prestan las organizaciones del sector solidario.

También busca promover, a través de las prácticas de buen gobierno, una mayor transparencia y la participación de los asociados de las entidades solidarias. Si bien el cumplimiento de esta guía no es obligatorio, se propende por una implementación voluntaria que contribuye en general al mejoramiento de las prácticas de las ESALES.

2. Asuntos Tributarios

2.1. Tributación de las ESALES.

2.1.1. Generalidades.

- a) Naturaleza de las ESAL para efectos fiscales.

Las ESAL son personas jurídicas capaces de contraer derechos y obligaciones, las cuales pueden estar constituidas bajo la modalidad de Corporación, Fundación o Asociación, y cuyas actividades se realizan en beneficio de la comunidad en general.

Para efectos fiscales, su característica principal es la ausencia de lucro, lo cual implica la imposibilidad de distribución de utilidades a sus miembros o fundadores y que cualquier utilidad (resultado neto) se reinvierta en la actividad en beneficio del objeto con el cual fueron creadas.

En el impuesto sobre la renta, como se explica más adelante en detalle, el resultado neto estará exento del impuesto siempre que se cumplan ciertos requisitos, entre los cuales, de manera general, está la realización de actividades meritorias y la reinversión del resultado neto.

b) Actividades meritorias y el ánimo de lucro.

El objeto social de las ESAL que pretendan acogerse al Régimen Tributario Especial (“**RTE**”) deberá corresponder a una actividad meritoria que cumpla con los siguientes requisitos: **(i)** que sea de interés general, entendido este como el beneficio a un grupo poblacional (sector, barrio o comunidad determinada) y, **(ii)** que tenga acceso la comunidad, esto es, que cualquier persona natural o jurídica pueda acceder a las actividades que realiza la entidad sin ningún tipo de restricción o, que haga oferta abierta de los servicios y actividades que realiza en desarrollo de su objeto social, permitiendo que terceros puedan beneficiarse de ellas (Cfr. artículo 359 del Estatuto Tributario).

Las actividades meritorias podrán ser:

- Educación;
- Salud;
- Cultura;
- Ciencia, tecnología e innovación;
- Actividades de desarrollo social;
- Actividades de protección al medio ambiente:
- Prevención del uso y consumo de sustancias psicoactivas, alcohol y tabaco; atención y tratamiento a las personas consumidoras;
- Promoción y apoyo a las actividades deportivas;
- Actividades de desarrollo empresarial;
- Promoción y apoyo a los derechos humanos y los objetivos globales definidos por las Naciones Unidas;
- Actividades de promoción y mejoramiento de la Administración de Justicia;
- Promoción y apoyo a ESALES que ejecuten acciones directas en el territorio nacional en alguna de las actividades meritorias;
- Actividades de microcrédito.

Ahora bien, respecto a la posibilidad de que estas entidades lleven a cabo actividades distintas a la actividad meritoria (e.g.e.g., comerciales) la Corte Constitucional ha sostenido que:

*“(…) el hecho que no persigan una finalidad lucrativa, no significa que no desarrollen actividades que generen utilidades, lo que pasa es que a diferencia de las sociedades, **el lucro o ganancia obtenida no se reparte entre sus miembros sino que se integra al patrimonio de la asociación para la obtención del fin deseado**”²⁰.*

Por su parte, el Consejo de Estado se ha referido al concepto “sin fines de lucro” que caracteriza a estas entidades en los siguientes términos:

“El criterio o las finalidades de lucro no se relacionan, no pueden relacionarse con las utilidades obtenidas, sino a la destinación que se les dé. La estipulación o norma, que elimina los fines de lucro, es la que tiene como consecuencia, la de que los rendimientos o

²⁰ Sentencia C-287 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

utilidades obtenidas no sean objeto de distribución o reparto entre los socios o integrantes de la persona moral que las genera²¹.

Y además:

"(...) éste no obedece a una aspiración lucrativa, en consecuencia, los posibles excedentes o utilidades obtenidas no pueden ser distribuidas entre sus miembros, sino por el contrario, destinarse al objetivo que aglutina a sus asociados"²².

*"Las fundaciones tienen su razón de ser en la consecución de una finalidad social de interés general, impuesta por voluntad externa de quien destina para tal efecto un patrimonio determinado durante su existencia. De otra parte, se entiende que hay ánimo de lucro cuando una entidad recibe rentas que generen utilidades distribuibles entre los socios, o ganancias que se reparten entre éstos cuando la misma se disuelva. Contrario sensu, a **las personas jurídicas que no tienen como finalidad primordial que esa utilidad o ganancia sea repartida entre sus miembros, se les califica como "sin ánimo de lucro"**, lo que implica que si obtuvieron utilidades, éstas se invertirán en el desarrollo de su finalidad (...) La ausencia de ánimo de lucro **no impide a la fundación la realización de negocios o actividades encaminadas a conservar o aumentar sus bienes**, ya que este es precisamente el medio o instrumento para desarrollar con eficiencia las actividades encaminadas a cumplir con su objeto social (...)"*²³.

El hecho de que las ESAL no persigan una finalidad de lucro, no quiere decir que no puedan llevar a cabo actividades lucrativas; su naturaleza radica en que sus utilidades no tienen por objeto ser distribuidas a favor de sus miembros (e.g.e.g., asociados, fundadores o cooperados). El hecho que las ESAL tengan fines no lucrativos, no impide que puedan realizar negocios o actividades encaminadas a conservar o aumentar sus bienes o a cumplir su actividad meritoria (e.g., actividades comerciales con ánimo de ingreso).

La jurisprudencia o doctrina no indica qué tipo de actividades no lucrativas pueden llevar a cabo las ESAL; podría ser cualquier tipo de actividad, siempre que no haya ningún tipo de reparto o distribución a favor de sus miembros, y que la actividad tenga por finalidad conservar o aumentar sus bienes o cumplir con su actividad meritoria.

2.1.2. Impuesto sobre la renta y complementario.

a) Régimen general.

Las ESAL que no se encuentren calificadas bajo el RTE tributarán bajo el régimen ordinario de renta asemejadas a las sociedades comerciales: Estarán sujetas al impuesto sobre la renta y complementarios tanto sobre sus rentas y ganancias ocasionales de fuente mundial (nacional o extranjera).

El impuesto se aplicará sobre la renta líquida gravable obtenida bajo el régimen ordinario o la renta presuntiva, el resultado que sea mayor.

²¹ Sección Cuarta, Consejo de Estado, sentencia de 6 de febrero de 1987, Exp. 1444. Op. Cit. Concepto Unificado 481 de 2018.

²² Sección Cuarta, Consejo de Estado, sentencia de 26 de octubre de 2009, Exp. 17200.

²³ Sección Cuarta, Consejo de Estado, sentencia de 7 de octubre de 2010, Exp. 17552.

La renta líquida gravable de las sociedades nacionales se encuentra gravada a la tarifa del 32% para el año 2020, 31% para el año 2021 y 30% a partir del año 2022 y se calcula de la siguiente forma:

Total de ingresos fiscales ordinarios y extraordinarios
(-) Devoluciones rebajas y descuentos
(-) Ingresos no constitutivos de renta
Ingresos netos
(-) Costos y gastos
Renta Bruta
(-) Deduciones
RENTA LÍQUIDA GRAVABLE²⁴

Por su parte, la tarifa de la **renta presuntiva** para sociedades es del 0,5% para el 2020, aplicable sobre el patrimonio líquido. A partir del año 2021, se eliminará la tributación por renta presuntiva (Ley 2010 de 2019).

i. Obligaciones sustanciales.

Las ESAL bajo el Régimen Ordinario están sujetas al impuesto de ganancias ocasionales (impuesto complementario) a una tarifa del 10%, el cual se causa por sucesos extraordinarios gravables tales como: **(i)** la enajenación de activos fijos poseídos por más de dos años, **(ii)** la liquidación de la sociedad (aplicable sobre el exceso resultante una vez se reparten las utilidades retenidas y gravadas como dividendos), **(iii)** donaciones.

Así mismo, las ESAL bajo el Régimen Ordinario deberán calcular y pagar el anticipo del impuesto de renta, el cual es una estimación aproximada del impuesto de renta que se generará el siguiente año gravable el cual podrá ser descontado en la declaración de renta del siguiente período al cual se pague.

Adicionalmente, bajo el Régimen Ordinario las ESAL serán tanto sujetos como agentes de retención en la fuente a título de renta. Las ESAL que intervengan en actos u operaciones que por expresa disposición legal estén obligados a efectuar la retención en la fuente, deberán hacerlo, presentar las declaraciones de retención en la fuente y consignar lo recaudado.

ii. Algunas obligaciones formales.

²⁴ Se presume que la renta líquida no es inferior al 3.5% del patrimonio líquido en el último día del ejercicio gravable inmediatamente anterior.

- **Presentación y pago de declaraciones.** El impuesto se declara y paga de forma anual en las fechas establecidas por el Gobierno Nacional. Las declaraciones de retenciones en la fuente de manera mensual.
- **Medios Magnéticos.** Las personas jurídicas cuyos ingresos brutos superen los montos establecidos por el Gobierno (e.g., COP\$100.000.000 para 2020) están obligados a presentar información en medios magnéticos.
- **Facturación.** Todas las entidades que tengan la calidad de comerciantes ejerzan profesiones liberales o presten servicios inherentes a éstas, o enajenen bienes producto de la actividad agrícola o ganadera, deberán expedir factura o documento equivalente, y conservar copia de la misma por cada una de las operaciones que realicen. De esta forma, las ESAL bajo el Régimen Ordinario, responsables de IVA se encuentran obligadas a expedir factura en cumplimiento de los procedimientos y requisitos legales (Cfr. artículo 615 del Estatuto Tributario).

De acuerdo con las nuevas normas expedidas en la materia, se espera que a partir de junio del año 2020 todos los sujetos obligados a facturar lo hagan mediante el mecanismo de facturación electrónica.

iii. ESAL en el Régimen Ordinario de renta.

Si bien por su naturaleza, las ESAL no deberían dejar de acogerse al RTE, el Régimen General del impuesto sobre la renta podría resultar útil para una ESAL si por la naturaleza de su actividad no tiene utilidades o si, teniéndolas, debe distribuir beneficios a sus miembros.

Esto es, desde la perspectiva legal una ESAL no deja de serlo si, eventualmente no cumple con los requisitos del RTE y debe cumplir con obligaciones del Régimen General del impuesto. Si una ESAL se ve impedida de cumplir con todos los requisitos del RTE, deberá liquidar su impuesto sobre la renta bajo el Régimen Ordinario sin necesariamente perder su condición de ESAL para efectos jurídicos en general (i.e., sólo pierde su condición de ESAL para efectos del impuesto sobre la renta).

b) Régimen tributario especial.

Las ESAL que sean admitidas en el RTE tienen derecho a que el beneficio neto o excedente tengan el carácter de exento cuando se destine directa o indirectamente en el año siguiente en el cual se obtuvo (o en plazos adicionales cuando se cumpla las condiciones para ello) a programas que desarrollen el objeto social y la actividad meritoria de la entidad (Cfr. artículo 358 del Estatuto Tributario). El beneficio neto exento se calcula como se detalla a continuación:

Total de ingresos fiscales

(-) Egresos fiscales

Resultado 1

(-) Saldo al final del período gravable de las inversiones efectuadas en el año en que se está determinando el beneficio neto o excedente.

Resultado 2

(+) Inversiones de períodos gravables anteriores y que fueron detraídas del Resultado 1 y liquidadas en el año gravable para el cual se está determinando el beneficio neto o excedente.

BENEFICIO NETO O EXCEDENTE A SER REINVERTIDO EN LA ACTIVIDAD MERITORIA

Ahora bien, el beneficio neto o excedente de las ESAL pertenecientes al RTE que no se invierta de conformidad con lo anterior, estará sujeto al impuesto sobre la renta a la tarifa del 20%. Así mismo, cuando existan egresos improcedentes, estos se detraerán del beneficio neto o excedente y estarán sujetos a la tarifa del 20%.

En caso de que la ESAL perciba rentas exentas, estas se tendrán en cuenta para el cálculo del beneficio neto o excedente.

Las ESAL pertenecientes al RTE no están obligadas a determinar su base gravable de acuerdo con el sistema de renta presuntiva, ni están sujetas a las reglas sobre renta por comparación patrimonial. Adicionalmente, estas ESAL no deberán liquidar ni pagar anticipo del impuesto sobre la renta.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 357 del ET para la determinación del beneficio neto o excedente fiscal se deben tomar los ingresos y egresos de cualquier naturaleza, es decir que la norma no precisa si para estos efectos se toman los ingresos y egresos contables o fiscales correspondientes.

A pesar de lo anterior, conforme el artículo 1.2.1.5.1.20 al 1.2.1.5.1.24 del Decreto 1625 de 2016 las entidades que hacen parte del RTE deben entender para efectos de la determinación del beneficio neto o excedente tanto los ingresos y egresos como los activos y pasivos devengados contablemente en el año o período gravable teniendo en cuenta las limitaciones y condiciones conforme a las normas fiscales.

De esta forma, se puede concluir que, para efectos de la determinación del beneficio neto o excedente fiscal, se deben tomar los ingresos y egresos (costos y gastos), activos y pasivos fiscales. Esta posición ha sido reiterada por la Administración en el Concepto Unificado de RTE No. No. 0481 de 2018.

i. Obligaciones sustanciales para la calificación en el RTE.

Para solicitar la calificación bajo el RTE, las ESAL deberán cumplir con las siguientes condiciones (Cfr. artículo 19 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 140 de la Ley 1819 de 2016):

- Estar legalmente constituidas;

- Tener objeto social de interés general en una o varias de las actividades meritorias del artículo 359 del Estatuto Tributario, a las cuales debe tener acceso la comunidad.
- Que sus aportes no sean reembolsados ni sus excedentes distribuidos bajo ninguna modalidad ni durante su existencia ni al momento de su liquidación.

El incumplimiento de los requisitos relativos a la actualización o calificación en el RTE tiene como consecuencia la exclusión de dicho régimen. Esta exclusión no implica la pérdida de la calidad de ESAL, sino que, por el contrario, se trata del impedimento de aplicar el RTE y estar sujeta a impuesto bajo el Régimen Ordinario de renta aplicable a las sociedades comerciales.

Bajo el RTE los beneficios netos o excedentes (utilidad ESAL) que se obtengan por el desarrollo de las actividades de la ESAL deberán ser reinvertidos en el desarrollo de su actividad meritoria y no podrán ser distribuidos bajo ninguna circunstancia o modalidad, cualquiera que sea la denominación que se utilice, directa o indirectamente, ni durante su existencia, ni en el momento de su disolución y liquidación.

La distribución directa o indirecta de excedentes tiene como consecuencia la exclusión de la ESAL del RTE. Esta exclusión puede significar que la entidad pierda su calidad de sin ánimo de lucro en la medida que la DIAN o la entidad competente demuestre que la entidad distribuyó excedentes (artículo 364-3 del Estatuto Tributario).

Por otra parte, las donaciones recibidas por las ESAL deberán registrarse como ingresos (artículo 1.2.5.1.20 del Decreto 1625 de 2016). Si la donación está condicionada por el donante, deberá registrarse directamente en el patrimonio fiscal para ser usada la donación y sus rendimientos en las actividades meritorias, además *"En la medida que la donación condicionada se vaya cumpliendo o se cumpla en su totalidad, esta se reconocerá como ingreso. Los rendimientos que genere la donación se reconocerán como ingreso [...]".*

ii. Retención en la fuente a título de impuesto sobre la renta.

Los pagos o abonos en cuenta que se realicen a favor de las ESAL del RTE, correspondientes a las actividades meritorias del objeto social no estarán sujetos a retención en la fuente a título de impuesto sobre la renta. Para estos efectos, la ESAL deberá acreditar su calificación bajo el RTE presentando copia del RUT al pagador que ostente la calidad de agente retenedor.

Los pagos o abonos en cuenta hechos a favor de las ESAL estarán sujetos a retención en los siguientes casos: **(i)** cuando reciban pagos o abonos en cuenta correspondientes a la ejecución de contratos de obra pública y de interventoría, y **(ii)** sobre los ingresos por rendimientos financieros que perciban durante el respectivo ejercicio gravable.

Las ESAL son agentes de retención en los casos en los cuales intervengan en actos u operaciones que por expresa disposición legal estén obligados a efectuar la retención. Así, deberán retener el impuesto correspondiente, presentar las declaraciones de retención en la fuente y consignar lo recaudado.

iii. Obligaciones formales.

Las ESAL deberán cumplir obligaciones formales tales como: *(i)* reporte de información exógena en medios magnéticos, *(ii)* facturación respecto de las operaciones sujetas a esta obligación.

Las ESAL que pretendan acceder al RTE deberán surtir el procedimiento de solicitud de calificación establecido en el artículo 1.2.1.5.1.7 Decreto 1625 de 2016 y, de forma anual, cumplir con las siguientes obligaciones:

- Actualizar anualmente su calidad de contribuyentes sujetos al RTE de acuerdo con los requisitos y condiciones para la actualización de dicho régimen (Cfr. artículo 1.2.1.5.1.13 del Decreto 1625 de 2016).
- Cuando hayan obtenido en el año inmediatamente anterior ingresos brutos anuales de cualquier naturaleza de carácter fiscal, superiores a 160.000 UVT (COP\$5.696.640.000, para el año 2020) deberán presentar anualmente una memoria económica (Cfr. artículo 356-3 ET y artículo 1.2.1.5.1.15 del Decreto 1625 de 2016).

La información relacionada con la donación deberá reportarse en la información exógena (Cfr. artículo 631 del Estatuto Tributario).

iv. Normas antiabuso bajo el RTE.

Como medida para evitar el abuso del RTE, la Ley 1819 de 2016 incluyó una serie de disposiciones cuyo incumplimiento tiene como consecuencia la exclusión de dicho régimen.

- La cláusula general antiabuso establece que no se reconocerá la aplicación del RTE a aquellas entidades que *"abusando de las posibilidades de configuración jurídica defrauden la norma tributaria que sería aplicable, o que mediante pactos simulados encubran un negocio jurídico distinto a aquel que dicen realizar o la simple ausencia de negocio jurídico"*. (Cfr. artículo 364-1 del Estatuto Tributario).
- Se considerará distribución indirecta de excedentes los pagos por prestación de servicios, arrendamientos, honorarios, comisiones, intereses, bonificaciones especiales y cualquier otro tipo de pagos, cuando sean realizados a ciertas personas vinculadas a la ESAL (e.g., fundadores, aportantes, donantes, representantes legales y administradores, entre otros) si no corresponden a precios comerciales promedio (Cfr. artículo 356-1 del Estatuto Tributario).

Si no se puede garantizar que algún contrato celebrado con este tipo de personas ha sido pactado a precios comerciales promedio, se recomienda ajustar el valor acordado a valores de mercado, o contratar los servicios con un tercero.

Las adquisiciones o pagos a estas personas podrán hacerse por debajo de los precios comerciales promedio, siempre que dichas transacciones sean destinadas al cumplimiento y desarrollo de las actividades meritorias.

Los contratos celebrados con estas personas sean a título oneroso o gratuito, deberán registrarse ante la DIAN, para que esta entidad determine si se trata de una distribución indirecta de excedentes.

- Adicionalmente, se establecieron una serie de supuestos bajo los cuales se considera que la utilización del RTE obedece a una estructura comercial abusiva (Cfr. artículo 364-2 del Estatuto Tributario):
 - Cuando el fin principal de la entidad no obedece a un interés general mediante la realización de las actividades meritorias, sino a una explotación económica con fines de distribución de los excedentes directa o indirectamente. Para estos efectos, se debe tener en cuenta, entre otros factores, cuáles son las principales fuentes de percepción de ingresos y cuál es la destinación efectiva de tales recursos.
 - Cuando existan o se otorguen beneficios o condiciones especiales para acceder a los bienes o servicios ofrecidos por la entidad a los fundadores, asociados, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno, los cónyuges o parientes hasta el cuarto grado inclusive de cualquiera de ellos o cualquier entidad o persona con la cual alguno de los antes mencionados tenga la calidad de vinculado económico de acuerdo con el régimen de precios de transferencia y los casos de vinculación para efectos de IVA (Cfr. artículos 260-1 y 450 del Estatuto Tributario).
 - Cuando se adquieran a cualquier título, de manera directa o indirecta (en condiciones que no sean de mercado) bienes o servicios a los fundadores, asociados, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno, los cónyuges o parientes hasta el cuarto grado inclusive de cualquiera de ellos o a cualquier entidad o persona con la cual alguno de los antes mencionados tenga la calidad de vinculado económico de acuerdo con el régimen de precios de transferencia y los casos de vinculación para efectos de IVA (Cfr. artículos 260-1 y 450 del Estatuto Tributario).
 - Cuando la remuneración de los cargos de fundadores, asociados, representante estatutario y miembro del órgano de gobierno o de cualquier relación laboral contratada por la entidad le dé derecho a quien emplea su capacidad de trabajo a participar en los resultados económicos de la entidad directamente o a través de persona o entidad interpuesta.
 - Cuando la recepción de donaciones, dinero, bienes o servicios, por los cuales, las ESALES retribuyen directa o indirectamente al donante como contraprestación implícita por la supuesta donación. En este caso, los valores recibidos como donación estarán sujetos al impuesto, debiendo pagarse por la entidad perceptora como ingresos distintos a los de su objeto social y, adicionalmente, no concederá beneficio alguno para el donante en el impuesto sobre la renta.
 - En el caso de exclusión del RTE los beneficios se tornarán improcedentes a partir del año gravable en que se incumplan los requisitos para pertenecer a

este régimen (Cfr. artículo 364-3 del Estatuto Tributario). Sin embargo, las entidades pueden solicitar su clasificación al RTE para el año gravable siguiente a la pérdida del mismo.

- Igualmente, se podrán excluir de este régimen las cooperativas que pertenezcan al RTE en la medida que:
 - a) No cumplan con las obligaciones establecidas en la legislación cooperativa y legislación tributaria especial para el caso de cooperativas dentro del RTE (artículo 19-4 del ET);
 - b) Destinen el excedente o beneficio neto en forma diferente a lo establecido en la legislación cooperativa, y
 - c) No presenten o presenten de manera extemporánea su declaración de impuesto sobre la renta por tres periodos gravables en un periodo de 10 años.

De ser excluidas del RTE, las entidades cooperativas podrán solicitar su admisión pasados los tres años desde su exclusión (Cfr. artículo 364-3 del Estatuto Tributario).

- Por otra parte, se establece que perderán de los beneficios del RTE las entidades que cuyos miembros de junta directiva, fundadores, representantes legales o miembros de órganos de dirección:
 - a) Sean declarados responsables penalmente por delitos contra la administración pública, el orden económico social y contra el patrimonio económico, siempre y cuando los hechos hayan implicado la utilización de la entidad para la comisión del delito.
 - b) Sean sancionados con la declaración de caducidad de un contrato celebrado con una entidad pública, siempre y cuando los hechos hayan implicado la utilización de la entidad para la comisión de la conducta.

Esta exclusión impedirá una nueva clasificación en el RTE.

v. Remuneración de cargos directivos y gerenciales

De acuerdo con el decreto 2150 de 2012 los cargos directivos y gerenciales deben entenderse como aquellos cargos que tienen el mayor rango en la estructura administrativo de la entidad y toman decisiones respecto del desarrollo del objeto social en forma directa e indirecta de las actividades meritorias del interés general y acceso a la comunidad (i.e. miembros de Junta Directiva).

De esta forma, la remuneración (en dinero o en especie) que se efectúe a los miembros de cargos directivos y gerenciales no se entenderá como distribución indirecta de excedentes en la medida que las entidades del RTE, que obtienen ingresos que exceden de 3.500 UVT (año gravable 2020, COP \$124.624.500), tengan gastos por este concepto que no superen el 30% del total de los gastos de la entidad durante el respectivo año gravable, conforme al artículo 356-1 del ET en concordancia con el artículo 1.2.1.5.1.37 del Decreto 1625 de 2016. Así, en caso de que se supere este porcentaje (30% de los gastos de la ESAL) se considerará una distribución indirecta de excedentes.

Adicionalmente, las entidades que pertenezcan al RTE deberán registrar los contratos o actos jurídicos, onerosos o gratuitos, que celebren con los fundadores, aportante, donantes, representantes legales y administradores, sus cónyuges o compañeros o sus familiares parientes hasta cuarto grado de consanguinidad o afinidad o único civil o entidades donde estas posean más de un 30% de la entidad en conjunto y otras entidades donde se tenga en control para efectos de que la Administración determine si el acto jurídico constituye una distribución indirecta de excedentes y en caso de así determinarlo²⁵.

vi. Donaciones de ESAL a ESAL.

Las donaciones realizadas por parte de otras ESAL tienen un tratamiento especial en materia fiscal por tratarse de una donación realizada por una ESAL (donante) a favor de otra ESAL (donataria).

Las donaciones que hagan los contribuyentes del RTE a sujetos que también pertenezcan al RTE del impuesto sobre la renta y complementario y/o entidades no contribuyentes de que tratan los artículos 22 y 23 del Estatuto Tributario, con el cumplimiento de los requisitos establecidos para ello en la Ley, se tratarán bajo el régimen de beneficio neto exento (Cfr. artículo 1.2.1.5.1.27. Decreto 2150 de 2016).

De esta forma, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1819 de 2016 y de la expedición del Decreto 2150 de 2016, las donaciones hechas por una entidad del RTE a otra entidad del mismo régimen, ya no se considerarán como un egreso procedente o deducción como estaba contemplado en el Decreto 4400 de 2004 sustituido por la norma citada, sino que hará parte del beneficio neto o excedente y tendrá la calidad de exento.

Con ocasión de lo anterior, la DIAN profirió el Concepto General Unificado No. 481 del 27 de abril de 2018, en el cual considera:

“De acuerdo con el artículo 1.2.1.4.1. del Decreto 1625 de 2016, se indica que el descuento tributario de que trata el artículo 257 del E.T. aplica para todos los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementario. En tal sentido, al ser consideradas las entidades sin ánimo lucro contribuyentes del impuesto sobre la renta del R.T.E, por regla general, en caso de realizar una donación, ésta (SIC), puede obtener el beneficio fiscal del descuento tributario, en los mismos términos de los artículos 257 del E.T., 258 del E.T. y demás, siempre que haya determinado impuesto sobre la renta líquida gravable en el periodo que se realiza la donación.

“Por otro lado, en caso que una entidad sin ánimo de lucro realice donaciones a otra entidad de su misma naturaleza y/o a entidades no contribuyentes del Impuesto sobre Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales 14 (SIC) la renta, podrá excepcionalmente dar aplicación exclusiva a lo mencionado en el párrafo 2 del artículo 1.2.1.5.1.27. del Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en Materia Tributaria, donde permite que dicha donación sea

²⁵ Concepto No. 0481 de 2018.

tratada como beneficio neto o excedente para el donante, en el entendido que se está cumpliendo con el presupuesto de la reinversión para el desarrollo de una actividad meritoria.

Teniendo en cuenta lo mencionado por la DIAN en el Concepto General Unificado, el tratamiento de las donaciones realizadas por una entidad que pertenece al Régimen Tributario Especial a favor de otra entidad de la misma naturaleza podrá ser tratada como un descuento tributario en los términos del artículo 257 del ET.

Sin perjuicio de lo anterior, las donaciones realizadas por una ESAL del régimen tributario especial a otra entidad en las mismas condiciones, puede ser **considerado** como ejecución del beneficio neto o excedente en desarrollo de la actividad meritoria en tanto el donatario cumpla los requisitos establecidos en el artículo 125-1 del Estatuto Tributario (Cfr. párrafo 2 del artículo 1.2.1.5.1.27. del Decreto 1625 de 2016). Así mismo, será necesario que el donante tenga dentro de su objeto social la realización de donaciones o apoyo a otras fundaciones y que la donación sea aprobada por el máximo órgano social. Adicionalmente la procedencia de este tratamiento implicará que la donación corresponda a la ejecución del beneficio neto o excedente directamente, en caso contrario, si se donan por ejemplo activos que no hacen parte del beneficio neto la donación deberá ser tratada como descuento tributario.

vii. Donaciones condicionadas.

En el caso que las donaciones realizadas por parte de los donatarios estén específicamente dirigidas a la ejecución de un proyecto específico o el desarrollo puntual de una gestión, podrán entenderse como donaciones condicionadas.

Las donaciones recibidas por una entidad que se encuentren condicionadas por el donante deberán registrarse directamente en el patrimonio para que puedan ser usadas, así como sus rendimientos, en las actividades meritorias desarrolladas por la entidad (Cfr. párrafo 2 del artículo 125-2 del ET).

En el caso en el que la donación esté condicionada por el donante, para efectos fiscales debe registrarse directamente en el patrimonio y, en la medida en que la condición o condiciones se vayan cumpliendo, se reconocerá como ingreso en los estados financieros de la entidad.

2.1.3. Impuesto sobre las ventas.

a) El IVA y las donaciones a favor de ESAL.

El IVA se causa por: **(i)** la venta de bienes corporales muebles e inmuebles, salvo los expresamente excluidos; **(ii)** la venta o cesión de derechos sobre activos intangibles únicamente asociados a la propiedad industrial; **(iii)** la prestación de servicios en el territorio nacional, o desde el exterior, con excepción de los expresamente excluidos; **(iv)** la importación de bienes corporales que no hayan sido excluidos expresamente; y **(v)** la circulación, venta u operación de juegos de suerte y azar, con excepción

de las loterías y juegos de suerte y azar operados exclusivamente por internet (Cfr. artículo 420 del Estatuto Tributario).

El RTE es un régimen únicamente aplicable respecto del impuesto sobre la renta, de esta manera, las ESAL serán responsables de IVA en las operaciones que realicen y que se encuentren sujetas al impuesto.

Al respecto, la DIAN en reiteradas ocasiones ha adoptado esta misma interpretación. A manera de ejemplo, la DIAN consideró lo siguiente en Oficio 007833 del 05 de abril de 2017:

*"[...] En cuanto al primer interrogante, es necesario destacar lo mencionado en el Oficio No. 059444 de julio 17 de 2006, de conformidad con el cual se explica que el impuesto sobre las ventas es un impuesto de carácter real, es decir que **se causa por la venta de bienes y la prestación de servicios que la ley define como gravados, independientemente de la calidad de la persona o entidad que venda el bien o preste el servicio y de la calidad de la persona o entidad que lo adquiera o contrate, según el caso.**"*

*"El IVA es un impuesto de régimen general, es decir, un impuesto en el que la regla general es la causación del gravamen y **la excepción la constituyen las exclusiones expresamente consagradas en la ley.** En estas condiciones, las exclusiones del IVA son taxativas, de tal forma que los bienes y servicios que no se encuentren expresamente exceptuados del tributo se encuentran gravados."*

De esta forma, todas las ventas de bienes, prestación de servicios o entrega de bienes que constituyan venta para efectos de IVA (incluso a título de donación) que efectúen las ESAL o a favor de estas estarán sujetas a IVA. Así, una ESAL podrá tener que cumplir con obligaciones tanto sustanciales como formales de IVA en calidad responsable económico (cuando adquiere bienes o servicios gravados) y en calidad de responsable jurídico (siempre que venda bienes o preste servicios gravados).

b) Obligaciones formales

Las ESAL en su calidad de responsables de IVA deberán dar cumplimiento a las obligaciones formales en materia de IVA tales como: (i) la presentación y pago de las declaraciones de IVA y (ii) la aplicación de los mecanismos de facturación de acuerdo con los requisitos establecidos en las normas.

2.1.4. Impuesto de industria y comercio.

a) Reglas generales.

El ICA es un impuesto territorial el cual se causa por la realización de actividades comerciales, industriales o de servicios en la jurisdicción de los respectivos municipios.

Así como en el caso del IVA, el RTE no es aplicable (por ser un régimen en el impuesto sobre la renta) de manera que las ESAL que realicen el hecho generador son contribuyentes de ICA respecto de los ingresos brutos obtenidos por la realización de actividades comerciales, industriales y de servicios en las jurisdicciones municipales, salvo que se trate de actividades expresamente excluidas del hecho generador según cada municipio lo haya determinado en su Estatuto de Rentas local.

Ahora bien, aun cuando las donaciones hacen parte de los ingresos brutos de la ESAL, las mismas no son derivadas del ejercicio de una actividad industrial, comercial o de servicios. Por lo tanto, los ingresos por donaciones que obtengan estas entidades no se estarán sujetos al ICA. Para estos efectos, la ESAL deberá diferenciar los ingresos provenientes del desarrollo de sus actividades industriales, comerciales o de servicios y los ingresos provenientes de donaciones, para así incluir en la base gravable del ICA únicamente aquellos provenientes de la realización de actividades gravadas con el impuesto.

Las tarifas del ICA dependerán de la actividad que se realice y de cada jurisdicción en específico, estas oscilan entre el 0,4% y 1% aplicable sobre los ingresos brutos de la sociedad.

Además, quienes sean designados como agentes de retención de acuerdo con las normas de cada municipio, deberán cumplir con las obligaciones que se deriven de esta calidad.

b) Obligaciones formales.

En su calidad de contribuyentes de ICA, las ESAL deberán cumplir con la presentación y pago del ICA y sus complementarios en los plazos establecidos por las autoridades municipales.

2.1.5. Gravamen a los movimientos financieros.

Toda vez que el GMF es un impuesto objetivo, es decir que se causa en los supuestos establecidos en la norma (Cfr. artículo 871 del Estatuto Tributario), las ESAL son contribuyentes de GMF en las mismas condiciones de una sociedad comercial en la medida que realicen el hecho generador del impuesto, el cual lo constituye la realización de las transacciones financieras, mediante las cuales se disponga de recursos depositados en cuentas corrientes o de ahorros, así como en cuentas de depósito en el Banco de la República, y los giros de cheques de gerencia.

Asimismo, las ESAL podrán, en las mismas condiciones que una sociedad comercial, aplicar las exenciones del GMF establecidas por el artículo 879 del Estatuto Tributario.

Ahora bien y contrario que las sociedades sujetas al Régimen General, las erogaciones relacionadas con los tributos pagados en desarrollo de la actividad meritoria y de las actividades complementarias de la ESAL se exceptúan de las limitaciones del Título I del Libro Primero del Estatuto Tributario, es decir, serán egresos procedentes los cuales podrán ser deducidos de los ingresos fiscales de la ESAL (Cfr. artículo 1.2.1.5.4.. del Decreto 1625 de 2016).

2.2. Tributación para donantes o patrocinadores de las ESAL.

2.2.1. Impuesto sobre la renta.

a) Beneficio tributario – Descuento en el impuesto.

Las donaciones realizadas por los contribuyentes del impuesto sobre la renta a las ESAL del RTE podrán ser tomadas como descuento tributario (25% del valor donado). Al respecto, el artículo 257 del Estatuto Tributario:

*“Artículo 257. Descuento por donaciones a ESALES pertenecientes al régimen especial. Las donaciones efectuadas a ESALES que hayan sido **calificadas en el régimen especial del impuesto sobre la renta y complementarios** y a las entidades no contribuyentes de que tratan los artículos 22 y 23 del Estatuto Tributario, no serán deducibles del impuesto sobre la renta y complementarios, pero **darán lugar a un descuento del impuesto sobre la renta y complementarios, equivalente al 25% del valor donado en el año o período gravable**. El Gobierno nacional reglamentará los requisitos para que proceda este descuento.”*

Este descuento no podrá exceder, tomado en conjunto con los descuentos establecidos en los artículos 255 y 256 del Estatuto Tributario, del 25% del impuesto sobre la renta a cargo del contribuyente en el respectivo año gravable (Cfr. artículo 258 del Estatuto Tributario y artículo 1.2.1.4.5 del Decreto 1625 de 2016).

Adicionalmente, el descuento tributario se deberá solicitar en la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios correspondiente al año gravable en el cual se efectuó la donación por parte de la entidad donante. No obstante, el exceso del descuento podrá tomarse dentro del período gravable siguiente a aquel en el cual se efectuó la donación.

Para la procedencia del descuento, la ESAL donataria deberá expedir, dentro del mes siguiente a la finalización del año gravable en que se reciba la donación, una certificación al donante firmada por el representante legal y el contador o revisor fiscal, en la cual conste: **(i)** la fecha de la donación, **(ii)** el tipo de entidad, **(iii)** la clase de bien donado, **(iv)** valor, **(v)** forma en que se efectuó la donación y **(vi)** la destinación de la donación.

No procederá para el donante este descuento tributario en los siguientes casos:

- Cuando la donación se realice a favor de una entidad que no pertenezca al RTE, no contribuyentes o no contribuyentes declarantes de acuerdo con los artículos 19, 22 y 23 del Estatuto Tributario.
- Cuando la entidad donataria sea una ESAL admitida en el RTE y no cumpla con los siguientes requisitos **(i)** estar legalmente constituida y estar sometida a inspección, control y vigilancia de una entidad estatal, **(ii)** si se trata de una de las entidades a las que se refiere el artículo 19 de este Estatuto, haber sido calificada en el Régimen Tributario Especial antes de haber sido efectuada la donación, **(iii)** haber cumplido con la obligación de presentar la declaración de ingresos y patrimonio o de renta, según el caso, por el año inmediatamente anterior al de la donación, salvo cuando se haya constituido en el mismo año gravable, y **(iv)** manejar, en depósitos o inversiones en establecimientos financieros autorizados, los ingresos por donaciones (Cfr. artículo 125-1 del Estatuto Tributario).
- Cuando la DIAN establezca que no se realizó la donación que se trató como descuento tributario en el impuesto sobre la renta y complementario o que los sujetos de que trata la entidad donataria se encuentran dentro de los supuestos de abuso.

- Cuando la donación retribuya directa o indirectamente al donante como contraprestación implícita por la supuesta donación (Cfr. numeral 5 del artículo 364-2 del Estatuto Tributario).

b) Modalidades donaciones.

Las donaciones que dan derecho al descuento deben revestir las siguientes modalidades (Cfr. artículo 125-2 del Estatuto Tributario):

i. Donaciones en efectivo.

Su pago de haberse realizado por medio cheque, tarjeta de crédito o a través de un intermediario financiero.

ii. Donaciones de títulos valores.

Se estimarán a precios de mercado de acuerdo con el procedimiento establecido por la Superintendencia Financiera de Colombia.

iii. Donaciones de otros activos.

Su valor se estimará por el costo de adquisición más los ajustes por inflación efectuados hasta la fecha de la donación, menos las depreciaciones hasta esa misma fecha. Su valor será el menor entre el valor comercial y el costo fiscal del bien donado.

c) Requisitos para la procedencia del descuento.

Los siguientes son los requisitos para que las donaciones sean descontables del impuesto sobre la renta:

- La entidad donataria debe haber sido legalmente constituida y estar sometida a inspección, control y vigilancia de una entidad estatal.
- La entidad debe haber sido calificada en el RTE antes de haber sido efectuada la donación.
- La entidad donataria debe haber cumplido con la obligación de presentar la declaración de ingresos y patrimonio o de renta, según el caso, por el año inmediatamente anterior al de la donación, salvo cuando se haya constituido en el mismo año gravable.
- La entidad debe manejar los ingresos por donaciones en depósitos o inversiones en establecimientos financieros autorizados.

Para la procedencia del descuento en el impuesto sobre la renta por concepto de donaciones se deberá tener en cuenta (Cfr. artículo 1.2.1.4.3. del Decreto 1625 de 2016):

- Que la entidad beneficiaria de la donación reúna las condiciones establecidas en el artículo 125-1 del Estatuto Tributario (ver sección 2.2.1.A. anterior), incluida la calificación en el RTE del impuesto sobre la renta.
- Que la entidad donataria expida una certificación dirigida al donante, firmada por el representante legal de la entidad donataria, contador público o revisor fiscal cuando hubiere lugar a ellos, en la cual conste: **(i)** la fecha de la donación, **(ii)** tipo de entidad, **(iii)** clase de bien donado, **(iv)** el valor de la donación, **(v)** la manera en que se efectuó la donación y **(vi)** la destinación de la misma. Esta certificación deberá ser expedida, como máximo, dentro del mes siguiente a la finalización del año gravable en que se reciba la donación.

Aunque la normativa fiscal no contempla como exigencia para el descuento que se efectuó la insinuación, esta debe realizarse en todos aquellos casos en que la misma sea requerida de conformidad con las normas civiles, a fin de evitar cualquier riesgo de nulidad.

2.2.2. Impuesto sobre las ventas.

a) Generalidades IVA en donaciones.

El IVA es aplicable, entre otros, sobre la venta de bienes corporales muebles e inmuebles, con excepción de los expresamente excluidos (ver sección 2.1.3.A. anterior para más detalle).

Para efectos del IVA se considera venta, entre otros, **"todos los actos que impliquen la transferencia del dominio a título gratuito u oneroso de bienes corporales muebles e inmuebles, y de los activos intangibles descritos en el literal b) del artículo 420, independientemente de la designación que se dé a los contratos o negociaciones que originen esa transferencia y de las condiciones pactadas por las partes, sea que se realicen a nombre propio, por cuenta de terceros a nombre propio, o por cuenta y a nombre de terceros."** (Cfr. artículo 421 del Estatuto Tributario).

Así, la transferencia a título gratuito de un bien (sujeto a IVA) se considerará, para efectos tributarios, como una venta que generará IVA y respecto de la cual deberá expedirse factura (Cfr. artículo 616-1 del Estatuto Tributario).

Esta interpretación también fue adoptada por la DIAN, entidad que, en Concepto No. 21956 del 14 de marzo de 2006, consideró:

"En este caso, el gravamen se causa por el hecho de la venta, entendida como la transferencia del bien a título gratuito; el contribuyente o sujeto pasivo económico del impuesto es el donatario, es decir, el cliente y el responsable o sujeto pasivo jurídico es el empresario, quien debe facturar el IVA por los obsequios, sin perjuicio de que decida asumir el costo del impuesto causado. Debe recordarse que, por disposición de los artículos 453 y 458 del Estatuto Tributario, la base para liquidar el impuesto en estos casos es el valor comercial, es decir, el precio de venta al público (...)"

b) Reglas especiales por considerar.

La donación de bienes no excluidos a título gratuito causan IVA, y para efectos de la determinación del impuesto se deberá tomar como base gravable el valor comercial del bien.

No obstante, existen ciertas exclusiones aplicables en materia de IVA para ciertas donaciones:

i. Bienes donados excluidos.

Estarán excluidos de IVA las siguientes donaciones (artículo 481 del Estatuto Tributario):

- 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 entidades oficiales o sin ánimo de lucro, por personas o entidades nacionales o por entidades, personas o gobiernos extranjeros, siempre y cuando obtengan calificación favorable del Comité de ESAL.
- Para efectos de la aplicación de esta exclusión, las ESAL beneficiarias de las donaciones deberán solicitar calificación del Comité de ESALES (Cfr. artículo 363 del Estatuto Tributario), anexando los siguientes documentos: **(i)** Certificado de existencia y representación legal de la entidad donataria, expedido con antelación no superior a tres meses, y una copia de los estatutos vigentes. **(ii)** Certificado de donación de la persona, entidad o gobierno extranjero, debidamente visada por el Cónsul de Colombia en el país de origen, cuya firma deberá abonarse ante el Ministerio de Relaciones Exteriores o documento equivalente debidamente apostillado de conformidad con la Ley 455 de 1998, o certificación de la persona o entidad donante nacional en documento autenticado ante Notario. **(iii)** Descripción de los programas o actividades a los cuales se van a destinar los bienes donados. **(iv)** Certificación suscrita por el contador público o revisor fiscal de la entidad donataria, sobre el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para obtener la exención. **(v)** Informar nombre o razón social, NIT, dirección y domicilio principal del importador (Cfr. artículo 1.2.1.5.4.2. del Decreto 1625 de 2016).
- Las importaciones de los bienes y equipos para la seguridad nacional con destino a la Fuerza Pública.
- La importación de bienes y equipos que se efectúen en desarrollo de convenios, tratados, acuerdos internacionales e interinstitucionales o proyectos de cooperación, donados a favor del Gobierno Nacional o entidades de derecho público del orden nacional por personas naturales o jurídicas, organismos multilaterales o gobiernos extranjeros.

ii. Donaciones de Gobiernos y entidades extranjeras.

El artículo 96 de la Ley 788 de 2002 establece que están exentos de todo impuesto, *“los fondos provenientes de auxilios o donaciones de entidades o gobiernos extranjeros convenidos con el Gobierno Colombiano, destinados a realizar programas de utilidad común y amparados por acuerdos intergubernamentales. También gozarán de este beneficio tributario las compras o importaciones de*

bienes y la adquisición de servicios realizados con los fondos donados, siempre que se destinen exclusivamente al objeto de la donación."

Específicamente respecto a la exención en materia de IVA, esta procederá en forma directa sobre las operaciones de adquisición de bienes o servicios gravados con este impuesto que el administrador o ejecutor de los recursos realice directamente o mediante contratos para la realización de programas de utilidad común, con el cumplimiento de los siguientes requisitos: **(i)** que el representante legal de la entidad ejecutora de los recursos adjunte certificación expedida por el Gobierno o entidad extranjera otorgante de la cooperación, en la cual conste su calidad de entidad ejecutora de los fondos objeto de donación, debiendo llevar contabilidad separada de los recursos administrados **(ii)** con el fin de que se dé aplicación a la correspondiente exención del IVA, el administrador o ejecutor de los recursos deberá entregar a los proveedores de bienes y servicios certificación en la que conste la denominación del convenio, acuerdo o actuación intergubernamental que ampara el auxilio o donación, con indicación de la fecha del mismo y de las partes interviniente; **(iii)** que el administrador o ejecutor de los recursos maneje los fondos del auxilio o donación en una cuenta abierta en una entidad financiera, destinada exclusivamente para ese efecto, la cual se cancelará una vez finalizada la ejecución total de los fondos así como del proyecto u obra beneficiario del auxilio o donación y **(iv)** que el proveedor deje como constancia en las facturas que expida la exclusión de IVA, la cual será soportada en la certificación recibida (Cfr. artículo 1.3.1.9.4 del Decreto 1625 de 2016).

2.2.3. Gravamen a los movimientos financieros.

Las donaciones de dinero que se efectúen a entidades ubicadas en Colombia o en el exterior que cumplan con el hecho generador del impuesto estarán sujetas a GMF de acuerdo con las reglas generales. Así, estarán sujetas al impuesto las donaciones de dinero que impliquen la disposición de recursos depositados en cuentas corrientes o de ahorros, así como en cuentas de depósito en el Banco de la República y/o giros de cheques de gerencia.

No obstante, estarán exentos de GMF *"los fondos provenientes de auxilios o donaciones de entidades o gobiernos extranjeros convenidos con el Gobierno Colombiano, destinados a realizar programas de utilidad común y amparados por acuerdos intergubernamentales. También gozarán de este beneficio tributario las compras o importaciones de bienes y la adquisición de servicios realizados con los fondos donados, siempre que se destinen exclusivamente al objeto de la donación."* (Cfr. artículo 96 de la Ley 788 de 2002).

Esta exención del GMF operará directamente respecto de la disposición de los recursos de la cuenta abierta exclusivamente para el manejo de los mismos. Para este efecto, el administrador o ejecutor deberá marcar en la entidad financiera la cuenta que se utilizará para el manejo exclusivo de los recursos (Cfr. artículo 1.3.1.9.4 del Decreto 1625 de 2016).

2.2.4 Régimen Tributario Especial – Solicitud de Calificación.

Se entiende por proceso de calificación el proceso que deben adelantar, las entidades sin ánimo de lucro de que trata el inciso 1 del artículo 19 del ET que aspiran a ser entidades del RTE del impuesto sobre la renta y complementario y las entidades que fueron excluidas o renunciaron al RTE del impuesto sobre la renta y complementario, y quieren optar nuevamente para pertenecer a este régimen.

Estas entidades, deberán presentar y radicar la información de que tratan los artículos 1.2.1.5.1.3., 1.2.1.5.1.4, 1.2.1.5.1.5. Y 1.2.1.5.1.9. del Decreto Único Reglamentario 1625 de 2016 a través del aplicativo web de la página de la DIAN.

Puede consultar si su entidad se encuentra incluida dentro de la base de datos de la DIAN en el siguiente link:

<https://muisca.dian.gov.co/WebRetsal/DefCondicionesServicio.faces>

En el caso que su entidad no se encuentre dentro de la mencionada base de datos, tendrá que actualizar si RUT con la responsabilidad "04".

Esta solicitud presentada ante la Unidad Administrativa Especial DIAN se resolverá con base en el contenido de la información enviada con el primer envío efectuado.

Por su parte, el registro web es un requisito de obligatorio cumplimiento que se construye con base en la información suministrada por los contribuyentes de que trata el artículo 1.2.1.5.1.2. del DUR, con el objeto de dar transparencia al proceso de calificación en el RTE del impuesto sobre la renta y complementario.

A su turno el Artículo 364- 5 del E.T. en su párrafo 2, establece que el registro deberá contener, como mínimo:

1. La denominación, la identificación y el domicilio de la entidad. Entiéndase denominación como razón social, identificación como Número de Identificación Tributaria – NIT.
2. La descripción de la actividad meritoria. Estas actividades se encuentran enlistadas en el artículo 359 del E.T.
3. Los nombres e identificación de las personas que ocupan cargos gerenciales, directivos o de control. Los cargos directivos y los cargos gerenciales corresponden a aquellos que tienen el mayor rango en la estructura administrativa de la entidad y toman decisiones respecto del desarrollo del objeto social en forma directa e indirecta, de las actividades meritorias del interés general y el acceso a la comunidad, tales como los representantes legales, administradores, gerentes, presidentes, vicepresidentes, entre otros.
4. El monto total de pagos salariales a los miembros de los cuerpos directivos, sin obligación de discriminar los pagos individuales. Esto se refiere al monto total de salarios efectivamente pagados por la entidad. No deben discriminarse por persona y salarios.
5. Los nombres e identificación de los fundadores. En nuestra interpretación deben reportarse fundadores vivos o muertos. En el caso de los últimos no tendrán que ser reportados sus representantes. En caso de no tener el número de identificación disponible, dejar el espacio en blanco.
6. El monto del patrimonio a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.

7. En caso de recibir donaciones, la identificación del donante y el monto de la donación, así como la destinación de la misma y el plazo proyectado para el gasto o la inversión. Para tales efectos se entiende que la donación a una entidad del RTE es una autorización de publicar los datos que contiene el registro. En el proceso de permanencia, la identificación del donante corresponderá al nombre y apellido o razón social de este, y el valor corresponderá al monto total de las donaciones consolidadas recibidas durante el año, describiendo la destinación de las donaciones, así como el plazo proyectado para su ejecución.

8. Cuando las donaciones se perciban en eventos colectivos, sin que sea posible la identificación particular de los donantes, se deberá inscribir el monto total percibido, la fecha y la destinación del mismo.

9. Los estados financieros de la entidad. Estados financieros certificados si la entidad no se encuentra obligada a tener revisor fiscal, de lo contrario tendrán que ser dictaminados.

10. El certificado del representante legal o revisor fiscal, junto con la declaración de renta donde se evidencie el cumplimiento de todos los requisitos durante el respectivo año, cuando corresponda. La certificación firmada por el representante legal y revisor fiscal sólo procede cuando exista la obligación de tenerlo, en caso contrario, corresponderá a la firma del representante legal y del contador público. El certificado deberá expresar de manera clara que la ESAL ha cumplido con los requisitos enlistados en este anexo.

11. Los recursos de cooperación internacional no reembolsables que reciban o ejecuten.

En el proceso de calificación, de manera adicional a la certificación correspondiente, se deberá informar el número del formulario, número del radicado o del autoadhesivo y la fecha de presentación de la última declaración de renta y complementario del año gravable anterior al proceso de actualización.

Adicionalmente, el artículo 1.2.1.5.1.8. del DUR establece los anexos de la solicitud. Se deberán anexar a la solicitud los siguientes documentos:

1. Copia de la escritura pública, documento privado o acta de constitución en donde conste que está legalmente constituida.

2. Certificado de existencia y representación legal expedido por la autoridad competente, en el cual figuren sus administradores, representantes y miembros del consejo u órgano directivo cuando hubiere lugar a ello.

3. Copia del acta de la Asamblea General o máximo órgano de dirección, en la que se autorice al representante legal para que solicite que la entidad permanezca y/o sea calificada, según sea el caso, como entidad del RTE del Impuesto sobre la Renta.

4. Copia de los estatutos de la entidad donde se indique:

a. Que el objeto social principal corresponde a las actividades meritorias enumeradas en el artículo 359 del Estatuto Tributario y que las mismas son de interés general y de acceso a la

comunidad en los términos previstos en los Parágrafos 1 y 2 del artículo 359 del Estatuto Tributario.

b. Que los aportes no son reembolsables bajo ninguna modalidad y que no generan derecho de retorno para el aportante, ni directa, ni indirectamente durante su existencia, ni en su disolución y liquidación.

c. Que sus excedentes no son distribuidos bajo ninguna modalidad, ni directa, ni indirectamente, durante su existencia, ni en su disolución y liquidación.

d. Que se identifiquen los cargos directivos de la entidad. entendidos como los que ejercen aquellos que toman decisiones respecto del desarrollo del objeto social en forma directa e indirecta, de las actividades meritorias del interés general y el acceso a la comunidad.

Cuando no figure en los estatutos la información descrita anteriormente, las entidades creadas desde el primero de enero del 2017 hasta la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, deberán adjuntar copia del acta del máximo órgano directivo en donde se indique:

a. Que los aportes no son reembolsables bajo ninguna modalidad, ni generan derecho de retorno para el aportante, ni directa, ni indirectamente durante su existencia, ni en su disolución y liquidación.

b. Que la entidad desarrolla una actividad meritoria y que son de interés general y de acceso a la comunidad, en los términos previstos en los Parágrafos 1 y 2 del artículo 359 del Estatuto Tributario.

c. Que los excedentes no son distribuidos bajo ninguna modalidad, ni directa, ni indirectamente durante su existencia, ni en su disolución y liquidación.

5. Certificación firmada por el representante legal, de conformidad con el numeral 3 del artículo 364-3 del Estatuto Tributario, en la que conste que:

a. Los miembros de junta directiva, fundadores, representantes legales o miembros de órganos de dirección no han sido declarados responsables penalmente por delitos contra la administración pública, el orden económico social y contra el patrimonio económico, siempre y cuando los hechos hayan implicado la utilización de la entidad para la comisión del delito, lo que se acreditará mediante certificado de antecedentes judiciales.

b. Los miembros de junta directiva, fundadores, representantes legales o miembros de órganos de dirección no han sido sancionados con la declaración de caducidad de un contrato celebrado con una entidad pública, siempre y cuando los hechos hayan implicado la utilización de la entidad para la comisión de la conducta, lo que se acreditará mediante certificado de la entidad competente, cuando hubiere lugar a ello.

Como soporte de esta certificación el Representante Legal de la Entidad deberá anexar el certificado de antecedentes disciplinarios y consulta de antecedentes judiciales. A continuación, encontrarán los links para su descarga:

<https://www.procuraduria.gov.co/CertWEB/Certificado.aspx?tpo=2>

<https://antecedentes.policia.gov.co:7005/WebJudicial/index.xhtml>

6. Copia del acta de la Asamblea General o máximo órgano de dirección, en la que se indique el estado de las asignaciones permanentes de los años gravables anteriores y que no han sido reinvertidas, y de manera sumaria se informe la forma como se realiza la reinversión del beneficio neto o excedente tratado como exento en el año gravable anterior. Esta información se deberá enviar cuando haya lugar a ello.

3. Asuntos laborales

3.1.1. Qué es un contrato de trabajo.

Un contrato de trabajo es un acuerdo mediante el cual una persona natural (trabajador) se obliga a prestarle un servicio personal a otra persona - natural o jurídica- (empleador), bajo la continuada subordinación del empleador y recibiendo una remuneración por ello.²⁶

Salvo que se pacte exclusividad con el trabajador, éste puede celebrar contratos de trabajo con otros empleadores, la cual solamente se podrá acordar durante la vigencia del contrato y hasta su terminación.

3.1.2. Elementos esenciales del contrato de trabajo.

Para estar ante un contrato de trabajo se deben presentar necesariamente las siguientes tres (3) condiciones:

- *Prestación personal del servicio por parte del trabajador:* esto implica que el trabajador realiza sus labores en beneficio del empleador y lo hace personalmente, no a través de otra persona.
- *Subordinación jurídica del trabajador al empleador:* esto implica la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador, durante toda la relación de trabajo, el cumplimiento de órdenes en cuanto al tiempo, modo o cantidad de trabajo, siendo obligación del trabajador acatar dichas órdenes. Precisamente, debido a esta subordinación, el empleador puede variar las condiciones de trabajo, siempre que con ello no afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador.
- *El pago de una remuneración por el servicio prestado.*

3.1.3. Tipos de contrato de acuerdo con su duración.

²⁶ Código Sustantivo del Trabajo, artículo 22.

a) Contrato de trabajo a término fijo.

Este es el contrato que se pacta por un tiempo determinado, debe pactarse por escrito y se puede renovar de manera indefinida sin que ello implique que por esto cambie su modalidad a contrato a término indefinido. Puede ser de dos (2) tipos:

- De 1 a 3 años: el plazo por el que se pacta el contrato es superior a un (1) año y no puede exceder de tres (3) años. Cuando se cumple el período inicial se prorroga sucesivamente por el término inicialmente pactado, salvo que se quiera terminar porque se va a cumplir el plazo estipulado, caso en el cual deberá notificarse al trabajador sobre la terminación por lo menos 30 días calendario antes de la fecha efectiva de terminación o de lo contrario el contrato se prorroga por un período igual al inicialmente pactado.
- Inferior a 1 año: el período inicialmente pactado puede ser inferior a un (1) año y se puede prorrogar tres (3) veces más por un período igual o inferior al que inicialmente se pactó. A partir de la cuarta (4º) prórroga ésta no puede ser inferior a un (1) año ni superior a tres (3), pudiéndose también prorrogar el contrato de manera sucesiva, salvo que se quiera terminar porque se va a cumplir el plazo estipulado, caso en el cual deberá notificarse al trabajador sobre la terminación por lo menos 30 días calendario antes de la fecha efectiva de terminación o de lo contrario el contrato se prorroga por un período igual al de la última prórroga.

Ahora bien, si el contrato se pactó por menos de 30 días, no requiere preaviso para terminarlo si se está en el término inicialmente pactado o dentro de las tres (3) primeras prórrogas.

b) Contrato por obra o labor contratada.

Este tipo de contrato se caracteriza porque su duración es incierta y no se puede fijar su fecha de terminación ya que no se sabe cuánto va a durar la obra o labor contratada, pese a que es claro que es un tiempo definido y que éste terminará cuando termine esa labor.

Es fundamental especificar en el contrato con claridad cuál es la obra o labor a contratar y es precisamente de la lectura de esa redacción que se deriva la duración del contrato y el momento en que terminará, siendo claro que, si la cláusula queda mal redactada, y lo anteriormente señalado no es claro, la interpretación que se le da a la misma es la que favorece al trabajador y se considerará que se está ante un contrato a término indefinido, generando una contingencia en la indemnización a pagar en caso de despido sin justa causa. Estos contratos no se pueden prorrogar.

c) Contrato por trabajos ocasionales, accidentales o transitorios

Estos contratos se caracterizan por celebrarse frente a trabajos inferiores a un mes y siempre que sean para labores que no son del giro ordinario de los negocios o de las actividades normales que desarrolla el empleador con su objeto social.

d) Contrato de trabajo a término indefinido.

Este es el contrato que no se celebra por un tiempo específico y por tanto las partes no determinan su duración, sino que la misma está atada a que aquella materia de trabajo que lo origina subsista en el tiempo.

3.1.4. **Período de prueba.**

El empleador tendrá la facultad de evaluar el rendimiento del trabajador y, simultáneamente, el trabajador evaluará sus condiciones de trabajo durante el período de prueba. Se podrá dar por terminado el contrato en este período sin lugar a indemnización, siendo importante que si el empleador hace uso de esta facultad le manifieste las razones al trabajador del por qué no superó esta etapa.

Este período deberá pactarse por escrito siendo su duración de máximo 2 meses. En los contratos de duración fija, el periodo de prueba no podrá superar la quinta parte de la duración acordada en el contrato, sin que esta exceda de 2 meses.

3.1.5. **Exámenes médicos al momento de la vinculación.**

Al momento de la vinculación, la compañía podrá exigir al trabajador la realización de un examen médico para identificar el estado del funcionario. No obstante, el resultado de este examen no podrá ser parámetro de vinculación o desvinculación, a menos que se requiera para el cargo, so pena de incurrir en una conducta discriminatoria por razón de enfermedad, la cual podrá tener consecuencias adversas laborales e incluso penales.

En el examen médico tampoco se podrán realizar pruebas para determinar la presencia del VIH, así como tampoco el estado de embarazo, a menos que la labor para la cual vaya a ser contratado el trabajador lo requiera, siendo el examen médico prioritario para prevenir cualquier afectación en la salud del trabajador.

3.1.6. **Jornada laboral.**

a) *Jornada máxima legal: 8 horas diarias y 48 a la semana.*²⁷

- Exclusiones: se encuentran excluidos de la jornada máxima legal:
 - Los trabajadores que desempeñan cargos de dirección, confianza o manejo. Quienes de cualquier manera deben tener un horario establecido y a quienes se les debe reconocer el recargo nocturno y el recargo por trabajar en dominicales y festivos.
 - Los que realizan actividades discontinuas o intermitentes.
 - Los que se encargan de vigilar, si residen en el lugar o sitio de trabajo.
 - Los de servicio doméstico, caso en el cual, si residen en la vivienda del empleador no podrán tener una jornada superior a 10 horas diarias.

²⁷ Código Sustantivo del Trabajo, artículo 161, modificado por el artículo 20 de la Ley 10 de 1990.

b) Jornada ordinaria.

- Es la que convengan las partes, que no puede exceder la máxima legal. Si no se estipula nada al respecto aplicará la jornada máxima legal.

c) Jornadas especiales.

- Turnos que permitan operar a la empresa o a sus secciones sin solución de continuidad durante todos los días de la semana, sin que puedan exceder 6 horas al día y 36 horas a la semana. No hay lugar a recargo nocturno ni al recargo por trabajo en dominical y festivo, sin embargo, el trabajador tiene derecho a un día de descanso remunerado.
- Las 48 hora semanales se pueden distribuir en 6 días a la semana con un día de descanso obligatorio, pudiéndose repartir el número de horas de trabajo diario durante la semana en 4 horas diarias continuas y máximo 10 horas diarias, sin que haya lugar a recargo por trabajo suplementario si el número de horas no excede de 48 horas a la semana.

d) Horas extra.

- Cuando el trabajo se desarrolla más allá de la jornada ordinaria pactada o de la jornada máxima legal se debe remunerar estas horas con un recargo adicional.
- En ningún caso se puede laborar más de dos horas extra diarias ni más de 12 horas extra a la semana.
- Si la jornada se ha ampliado a 10 horas diarias en el mismo día no se puede laborar horas extras.
- Para poder laborar horas extra se debe contar con autorización del Ministerio del Trabajo y en caso de tener la misma se tiene que llevar un registro de trabajo suplementario y se deberá entregar a cada trabajador una relación de las horas extras laboradas.

e) Trabajo diurno.

- El trabajo que se realiza entre las 6 a.m. y las 9:00 p.m.

f) Trabajo nocturno

- El trabajo que se realiza entre las 9:00 p.m. y las 6:00 a.m.

3.1.7. Salarios.

a) Salario ordinario.

Es la modalidad de salario general que compensa la retribución del trabajador en forma ordinaria. Adicional al salario, el empleador debe reconocer al trabajador las prestaciones sociales (cesantías, intereses sobre cesantías, prima de servicios, dotación), el valor correspondiente a los recargos por trabajo nocturno, de horas extras, de trabajo en dominicales y festivos, pagos que no se reconocen bajo el salario integral.

En Colombia se establece por Ley un salario mínimo para cada año, el cual empieza a regir los meses de enero. Para el año 2020, el salario mínimo legal mensual vigente – SMLMV es equivalente a COP \$877.803.

b) Salario integral.

Esta modalidad salarial tiene por objetivo integrar los pagos laborales de un trabajador en un solo pago mensual, con excepción de las vacaciones y de los aportes legales al Sistema General de Seguridad Social y Parafiscales. Para el salario integral debe existir un acuerdo escrito y un valor mínimo equivalente a 13 SMLMV, consistente en 10 SMLMV denominado como factor salarial y un factor prestacional que no puede ser inferior al 30% de dicho factor salarial. Para el año 2020, el salario mínimo integral es equivalente a COP \$11.411.439. Bajo el salario integral el empleador no reconoce al trabajador prestaciones sociales, recargos por trabajo extraordinario, nocturno, dominical y demás conceptos que se incluyan en el acuerdo y los aportes al Sistema General de Seguridad Social y Parafiscales se realizan sobre el 70% del valor del salario integral.

3.1.8. Pagos.

Las partes son libres de fijar la forma de retribuir el trabajo, siempre que no se reconozca un ingreso inferior al SMLMV, cifra que podrá analizarse desde la proporcionalidad del tiempo trabajado. Se pueden acordar esquemas de retribución fija, variable, o mixta.

a) Constitutivos de salario:

Todos los pagos que surgen del rendimiento individual del trabajador y como contra prestación directa por su servicio son considerados salariales, sin importar el nombre que se les dé a los mismos, ni los documentos en que se puedan soportar. En este sentido, todo pago que retribuya al trabajador en forma directa va a ser considerado un pago de naturaleza salarial.

b) No constitutivos de salario.

Es posible que el empleador reconozca a sus trabajadores beneficios, auxilios, primas o pagos cuya naturaleza no sea salarial, por el solo hecho que los mismos no retribuyen en forma directa (individual) el servicio para el cual se ha contratado. Así las cosas, un empleador puede reconocer a sus trabajadores los siguientes pagos no salariales:

i. Beneficios, auxilios o primas extralegales:

Son para generar un mayor beneficio en los trabajadores, pero deben reconocerse solo por el hecho de tener un vínculo laboral con la empresa, y no para premiar en ellos o remunerar su trabajo individual. Ejemplo de estos beneficios o auxilios son: beneficio de medicina prepagada, auxilio de alimentación, auxilio de vivienda, beneficio de gimnasio, y similares. En este mismo grupo, la ley laboral²⁸ incluyó el pago de primas extralegales que permiten al empleador satisfacer necesidades económicas puntuales que se presentan en época de vacaciones y navidad, pero que también sirven para premiar el rendimiento global de la entidad por períodos previamente determinados (trimestral, semestral, anual).

Estos beneficios, auxilios y primas pueden entregarse en forma ocasional o habitual, según lo considere el empleador, y son las partes la que definen la naturaleza del pago (salarial o no salarial), por medio de un acuerdo expreso.

ii. Pago de bonificaciones o gratificaciones.

Estos pagos extralegales pueden ser reconocidos como no salariales siempre que se entreguen de manera ocasional, no pudiendo ser habituales, ni tener una periodicidad definida (anual, semestral, trimestral etc.), y siempre que no retribuyan o premien el rendimiento individual del trabajador. Si el pago de la bonificación tiene una habitualidad, es decir se paga en forma mensual, trimestral, semestral o incluso anual, habrá lugar a un componente de habitualidad, y el pago se entenderá como salarial, con todas las consecuencias económicas y jurídicas que esto tiene. En este mismo grupo se incluye la participación de utilidades, pagos que pueden ser no salariales, pero que deben estar ligados a los estados financieros, y a la autorización respectiva de los asociados para que de las utilidades efectivas que reciba la entidad, se reparta un porcentaje o un monto determinado.

iii. Gastos o pagos de trabajo.

Este tipo de pagos por definición no es salarial, pues se pagan para el cabal desempeño de las funciones por las cuales se contrata al funcionario, estos son los gastos de representación, los medios de transporte, y los elementos de trabajo. Es decir, si la entidad paga los almuerzos de trabajo de los funcionarios con labores comerciales, estos pagos no serán salariales, pues estarán ligados a una función previamente asignada al trabajador, y no tendrán una incidencia en el patrimonio del trabajador, ni lo enriquecerán.

c) Límite del 40% de los pagos no constitutivos de salario para el pago de aportes.

El principal efecto legal y económico de los pagos no salariales es que estos no forman parte de la base de los aportes legales a seguridad social y parafiscales, ni de la base de cálculo de prestaciones sociales (cesantías, intereses sobre cesantías, prima de servicios), vacaciones y eventuales indemnizaciones, pues esto solo corresponde a los pagos salariales.

No obstante, a través del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 se creó un límite a los pagos no salariales, el cual debe contemplar el ingreso total del trabajador (ingresos salariales y no salariales). El empleador al momento de liquidar y pagar los aportes al Sistema General de Seguridad Social debe verificar que los pagos no constitutivos de salario, de acuerdo con lo ya mencionado, no superen el tope del 40% del total

²⁸ Artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo (modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990).

de la remuneración, en caso contrario, las sumas que superan este monto tienen que tenerse en cuenta como parte del Ingreso Base de Cotización para el pago de los aportes a salud, pensiones y riesgos laborales, siendo que se tendrá que sumar el salario mensual y el monto de pagos no constitutivo de salarios que exceden el 40% del total de la remuneración para hacer el aporte.

Se aclara que dicho límite no debe tenerse en cuenta en parafiscales ni en las acreencias laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones y vacaciones).

3.1.9. Prestaciones sociales.

a) Prima de servicios.

Es el equivalente a 15 días de salario por cada semestre del año trabajado, y proporcional por el tiempo de servicio. Se deben pagar el 30 de junio y los primeros 20 días de diciembre.

b) Calzado y vestido de labor.

El empleador debe reconocer a sus trabajadores una dotación legal de calzado y vestido de acuerdo con la labor que desarrollan. Esto se debe hacer el 30 de abril, 31 de agosto y 20 de diciembre. Aplica para quienes devenguen hasta 2 SMLMV y siempre y cuando a la fecha de entrega de la dotación hayan prestado 3 meses continuos de servicios.

c) Auxilio de cesantías.

Equivalen a 1 mes de salario por cada año de trabajo, y proporcional por el tiempo trabajado. Deben liquidarse a 31 de diciembre y consignarse en un fondo de cesantías a más tardar el 14 de febrero del año siguiente al que se causan.

d) Intereses sobre las cesantías.

Equivalen al 12% del valor correspondiente a las cesantías. El porcentaje surge por anualidad, por lo que debe ajustarse en forma proporcional al tiempo trabajado en el año. Se deben pagar directamente al trabajador, o consignar en el Fondo de Cesantías por elegido por el trabajador si así lo solicita, el último día de enero del año siguiente al que se causan las cesantías.

3.1.10. Vacaciones.

a) ¿Cuándo se tiene derecho a las vacaciones?

Una vez cumplido un año de servicios, el trabajador tiene derecho a quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas.²⁹ Se remuneran con el salario ordinario que el empleado esté devengando el día en que empiezan las mismas.

²⁹ Artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo.

Si se tiene dispuesto que el sábado es un día laborable, pese a que se haya ampliado la jornada laboral de lunes a viernes para que los empleados no deban presentarse a laborar los sábados, ese día cuenta como hábil y por lo tanto hará parte de la contabilización de los días de vacaciones. Si por el contrato, se pactó que la jornada laboral es de lunes a viernes y por tanto, el sábado no es un día laborable, éste no contabilizará dentro del término de vacaciones.

En principio, la época de vacaciones la debe señalar el empleador por lo menos dentro del año siguiente a su causación. También se pueden conceder a petición del trabajador luego de haberse cumplido el requisito del tiempo de prestación de servicios (1 año).

En caso de que las vacaciones las otorgue el empleador, debe notificarle al trabajador por lo menos con 15 días de antelación a la fecha del disfrute de las mismas.

Además, el empleador debe llevar un registro de vacaciones en el que debe constar la fecha de ingreso del trabajador, la fecha en que toma sus vacaciones y en las que terminan y la remuneración recibida por concepto de las mismas.

b) Vacaciones compensadas.

Previa solicitud por escrito del trabajador, el empleador y trabajador podrán acordar que se paguen en dinero hasta la mitad de las vacaciones, tomándose como base el último salario devengado por el trabajador.

c) Acumulación de vacaciones.

Aunque las vacaciones se pueden acumular, una vez causado el derecho, es decir, cumplido el año de servicios, el trabajador deberá gozar por lo menos de seis (6) días hábiles continuos de vacaciones. Estos seis (6) días no son acumulables. El empleador y el trabajador podrán acordar acumular los nueve (9) días restantes de vacaciones hasta por dos (2) años más. No obstante, si son trabajadores técnicos, especializados, de confianza, de manejo o extranjeros que prestan servicios en lugares distintos a los de la residencia de su familia, la acumulación de estos nueve (9) días restantes puede hacerse hasta por cuatro (4) años.³⁰

3.1.11. Aportes a seguridad social y parafiscales.

Todo empleador en Colombia debe realizar aportes mensuales a las diferentes entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social ("SSS"). El trabajador tiene la facultad de escoger el Sistema General de Pensiones ("SP") y el Sistema General de Seguridad Social en Salud ("SGS"), mientras que el empleador podrá escoger el Sistema General de Riesgos Laborales ("SRL"). Así mismo, el empleador elige la Caja de Compensación Familiar.

a) Aportes a salud.

³⁰ Artículo 190 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 6o. del Decreto 13 de 1967.

Los aportes se realizan con base en el ingreso salarial del trabajador durante cada mes, y contempla unos aportes obligatorios que debe efectuar el trabajador, los cuales debe descontar el empleador de su salario. El empleador aporta 8.5% y el trabajador 4%. Mínimo se puede cotizar sobre un salario mínimo legal mensual vigente y máximo sobre 25 smlmv.

Si el empleador es declarante del impuesto sobre la renta y complementarios, no deberá hacer aportes sobre el trabajador que devengue menos de 10 smlmv³¹.

Los trabajadores que devenguen un salario superior a 4 SMLMV deberán cotizar al fondo de solidaridad pensional, de acuerdo con el monto de su salario, de la siguiente forma:

Salario expresado en SMLMV		Porcentaje (%) de salario
De	Hasta	
4	16	1%
16	17	1,2%
17	18	1,4%
18	19	1,6%
19	20	1,8%
Más de 20		2%

b) Aportes a pensión.

Los aportes se realizan con base en el ingreso salarial del trabajador durante cada mes, y contempla unos aportes obligatorios que debe efectuar el trabajador, los cuales debe descontar el empleador de su salario. El empleador aporta 12% y el trabajador 4%. Mínimo se puede cotizar sobre un salario mínimo legal mensual vigente y máximo sobre 25 smlmv.

Si un extranjero acredita su afiliación a un régimen pensional en su país de origen o cualquier otro, este podrá excluirse de la afiliación al sistema pensional colombiano. A estos efectos, será necesario presentar un certificado emitido por el sistema pensional en el exterior confirmando que el extranjero está afiliando y cotizando de manera efectiva en su Sistema de Pensiones

c) Aportes a Riesgos Laborales.

Los aportes solamente los hace el empleador por cada trabajador, entre 0.522% y 6.9% el cual se define con base en el riesgo de la actividad desarrollada por el trabajador.

d) Aportes al ICBF.

Los aportes solamente los hace el empleador por cada trabajador con base en el ingreso salarial del trabajador y corresponden al 3%.

³¹ Art 114 – 1 del Estatuto Tributario.

Si el empleador es declarante del impuesto sobre la renta y complementarios, no deberá hacer aportes sobre el trabajador que devengue menos de 10 smlmv³².

e) Aportes al SENA.

Los aportes solamente los hace el empleador por cada trabajador con base en el ingreso salarial del trabajador y corresponden al 2%.

Si el empleador es declarante del impuesto sobre la renta y complementarios, no deberá hacer aportes sobre el trabajador que devengue menos de 10 smlmv³³.

f) Aportes a Caja de Compensación Familiar

Los aportes solamente los hace el empleador por cada trabajador con base en el ingreso salarial del trabajador y corresponden al 4%.

3.1.12. Sanciones disciplinarias.

El empleador está facultado para sancionar a quienes incumplan los deberes y obligaciones o incurran en las prohibiciones previstas en la ley, el Reglamento Interno de Trabajo, el contrato de trabajo, otrosíes y políticas previstas por el empleador.

a) Clases de sanciones.

Las sanciones pueden consistir en la suspensión del contrato de trabajo o en multas que solo son aplicables para el caso de retrasos o faltas al trabajo sin excusa debidamente comprobada y el monto no puede exceder de la quinta parte del salario diario. Las multas solamente se pueden destinar para conceder premios o regalos a los trabajadores.

La aplicabilidad y graduación de la sanción depende de lo que esté previsto en el Reglamento Interno de Trabajo y solamente se pueden imponer las sanciones allí previstas.

b) Procedimiento para aplicarlas.

Antes de aplicar una sanción disciplinaria se debe seguir el procedimiento disciplinario, previsto en el Reglamento Interno de Trabajo para la imposición de sanciones. En todo caso, si no se encuentra un procedimiento detallado en el Reglamento Interno de Trabajo, es importante dar cumplimiento a la Sentencia C – 594 de 2014, en donde la Corte Constitucional determinó el alcance del debido proceso en los asuntos disciplinarios realizados por particulares.

Los elementos mínimos que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional debería prever el Reglamento Interno de Trabajo para imponer alguna sanción, dentro de lo que la Corte estableció como básico para

³² Art 114 – 1 del Estatuto Tributario.

³³ Art 114 – 1 del Estatuto Tributario.

cumplir el debido proceso, una vez el empleador conoce que un trabajador ha incurrido en una acción u omisión que pueda configurar una conducta disciplinable, son los siguientes:

- El gerente, director, administrador, supervisor o superior jerárquico, deberá elaborar y enviar el informe correspondiente o tramitar inmediatamente el formato prestablecido por la Compañía.
- En el informe o reporte se deben describir las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se hayan presentado los hechos (acciones u omisiones) configurantes de la presunta falta disciplinable, documento que se debe remitir en el menor tiempo posible a Recursos Humanos, con los soportes o pruebas correspondientes.
- Dentro de un término que debe ser concomitante al conocimiento por parte del empleador de la presunta falta imputable a un trabajador, para así evitar que se considere que el empleador ha perdonado la conducta, abrirá la investigación, formulará los cargos y realizará el acta de descargos, debiendo enviar al trabajador notificación por escrito con por lo menos dos (2) días de anticipación a la fecha de la diligencia de descargos, esto para garantizar que el empleado pueda prepararse para ejercer su derecho de defensa.
- La notificación o comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona imputada y/o la formulación de cargos deberá indicar la fecha, hora, lugar en la que debe llevarse a cabo la diligencia de descargos, los hechos y los cargos que se formulan al trabajador (es decir los incumplimientos), acompañándose de las pruebas sobre las cuales el trabajador podrá pronunciarse a partir de la fecha de formulación de cargos o durante la celebración de la diligencia de descargos.
- Estos documentos deben ser firmados por el trabajador al momento de notificarlo y de negarse a hacerlo se dejará constancia firmada por dos testigos y se enviarán por correo físico a la dirección de residencia que tenga registrada el trabajador, debiendo hacer seguimiento al recibo de la comunicación, todo lo cual debe quedar soportado en la hoja de vida.
- Las presuntas conductas disciplinables que se atribuyan al trabajador deberán tener respaldo legal o contractual, bien porque se señalen en el Código Sustantivo del Trabajo, o cualquiera otra ley que regule el tema, o estar soportadas en el contrato de trabajo, normas o manuales emitidos por el empleador, incluido el Reglamento Interno de Trabajo.
- Si el trabajador a quien se le inicia la investigación disciplinaria es convenionado se enviará copia de la notificación al sindicato a que pertenezca, donde se indique la fecha, hora, motivo, y lugar en que debe llevarse a cabo la diligencia de descargos, con dos (2) días de anticipación, sin que sea necesario enviarle documentos, pues ya se han entregado al trabajador.
- Como se señaló anteriormente, en la comunicación formal de apertura y/o formulación de cargos se dará traslado al empleado de las pruebas que sustentan los cargos que se le imputan, sobre las cuales podrá pronunciarse antes o durante la celebración de la

diligencia de descargos, controvirtiéndolas y solicitando las que considere necesarias, al igual que podrá aportar las que en su opinión sean pertinentes para su defensa.

- Superadas estas etapas obligatorias y una vez se celebra la diligencia de descargos, de la cual se deberá dejar un acta en la que constan las preguntas y respuestas dadas por el trabajador, dentro de un término que se aconseja debe ser en los 15 – 20 días hábiles siguientes a la realización de la diligencia de descargos, la Compañía deberá notificar al trabajador la decisión.
- Si la decisión es imponer una sanción:
 - Se debe indicar que procede el recurso de apelación, el cual se deberá interponer y sustentar dentro de un término que puede ser de tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de la sanción.
 - De manera que, contra la sanción impuesta (no la terminación del contrato) procede solamente el recurso de apelación. El recurso se interpone ante el funcionario que le correspondió conocer en primera instancia, pero quien lo resuelve es su superior jerárquico, quien será competente para conocer y decidir el recurso, dentro de un término que se sugiere no sea mayor a 10 – 15 días hábiles, contados a partir de la fecha de recibo de los documentos en la dependencia y quien, conforme con lo manifestado por el Ministerio del Trabajo, no puede ser una persona externa a la Compañía.
 - Una vez resuelto el recurso de apelación dentro del término establecido anteriormente, el empleador deberá informar al trabajador la decisión, lo que hará mediante comunicación escrita dirigida al mismo, y en el evento de no recibirla, se remitirá por correo a la última dirección que tenga registrada en la Compañía.
 - En caso de no presentarse recurso dentro del término estipulado quedará en firme la sanción impuesta al trabajador.

Se precisa que si no se da cumplimiento a la Sentencia C – 594 de 2014, a través de un fallo de tutela o incluso a través de la jurisdicción ordinaria se pueden revocar las sanciones impuestas al trabajador

3.1.13. Terminación del contrato.

a) Formas de terminación del contrato de trabajo³⁴

- Por muerte del trabajador;
- Por mutuo consentimiento;
- Por expiración del plazo fijo pactado;

³⁴ Artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 5° de la Ley 50 de 1990.

- Por terminación de la obra o labor contratada;
- Por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento (se debe solicitar permiso al Ministerio del Trabajo e informar por escrito a los trabajadores);
- Por suspensión de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte (120) días establecimiento (se debe solicitar permiso al Ministerio del Trabajo e informar por escrito a los trabajadores);
- Por sentencia ejecutoriada;
- Por decisión unilateral (con o sin justa causa)
- Por no regresar el trabajador a su empleo, al desaparecer las causas de la suspensión del contrato.

i. Terminación del contrato de trabajo con justa causa.

El empleador puede dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa en cualquier momento, justificando su decisión conforme con las causales previstas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, en el Reglamento Interno de Trabajo, en el contrato de trabajo o en otros íes suscritos por las partes.

Aunque la terminación del contrato de trabajo no es una sanción disciplinaria y por tanto no es necesario aplicar el procedimiento disciplinario previsto para la imposición de sanciones disciplinarias (salvo que así se haya establecido en el Reglamento Interno de Trabajo o en otro documento suscrito por las partes) es fundamental escuchar al trabajador previo al despido como parte de su debido proceso y derecho defensa y así lo ha establecido la Corte Constitucional.

En caso de aplicarle el procedimiento disciplinario previsto para la imposición de sanciones disciplinarias, cabe precisar que la decisión no es recurrible y solo es debatible ante la Justicia ordinaria laboral, lo cual se deberá informar al trabajador en la carta de terminación del contrato.

ii. Terminación del contrato de trabajo sin justa causa.

El empleador puede dar por terminado el contrato de trabajo en cualquier momento, cuando la terminación es sin justa causa, caso en el cual deberá pagar el valor correspondiente a la indemnización legal. Para terminar el contrato de trabajo no se requiere seguir ningún procedimiento especial, pues la notificación de la decisión bastará para que surjan los efectos, incluso de manera inmediata, no obstante, para evitar que se considere que los verdaderos motivos del despido están relacionados con motivos que pueden vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores, se sugiere realizar una motivación muy breve de la misma, tal como lo dispone la Corte Constitucional en la Sentencia T – 239 de 2018.

La indemnización legal se reconocerá dependiendo del tipo de contrato elegido y de la antigüedad del trabajador, así:

- *Contrato a término fijo*: el valor correspondiente al salario que faltare para terminar el contrato de trabajo, desde la fecha de finalización de la relación laboral.

- *Contrato por obra o labor*: el valor correspondiente al salario que faltare para terminar la obra o la labor para la cual fue contratado, desde la fecha de finalización de la relación laboral, sin que sea inferior a 15 días.
- *Contrato a término indefinido*: la indemnización en estos contratos depende de la antigüedad del funcionario así:
 - *Trabajadores con salarios inferiores a 10 SMLMV*: 30 días de salario por el primer año de servicios y por la fracción de ese primer año, sumado a 20 días de salario por cada uno de los años subsiguientes al primer año de servicio, y proporcional por la fracción de cada uno de los años subsiguientes.
 - *Trabajadores con salarios igual o superiores a los 10 SMLMV*: 20 días de salario por el primer año de servicios y por la fracción de ese primer año, sumado a 15 días de salario por cada uno de los años subsiguientes al primer año de servicio, y proporcional por la fracción de cada uno de los años subsiguientes.
 - *Trabajadores con 10 años o más de servicios al 27 de diciembre de 2002*: 45 días de salario por el primer año de servicios y por la fracción de ese primer año, sumado a 40 días de salario por cada uno de los años subsiguientes al primer año de servicio, y proporcional por la fracción de cada uno de los años subsiguientes.
 - *Trabajadores con 10 años o más de servicios al 01 de enero de 1991*: Acción de reintegro a su cargo, o la opción de recibir como indemnización 45 días de salario por el primer año de servicios y por la fracción de ese primer año, sumado a 30 días de salario por cada uno de los años subsiguientes al primer año de servicio, y proporcional por la fracción de cada uno de los años subsiguientes.

b) Sanción moratoria.

Trabajador que devenga más de un (1) smlmv; si al terminar el contrato de trabajo el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones sociales, debe pagar como indemnización una suma igual al último salario diario por cada día de retardo hasta por 24 meses o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurrido los 24 meses desde la terminación del contrato de trabajo el trabajador no ha iniciado la reclamación a través de la jurisdicción ordinaria laboral, el empleador debe pagarle al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria a partir del inicio del mes 25 y hasta cuando el pago se verifique.

Trabajador que devenga un (1) smlmv: si al terminar el contrato de trabajo el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones sociales, debe pagar como indemnización una suma igual al último salario diario por cada día de retardo

3.1.14. Fueros.

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, prevé una estabilidad en el empleado, es decir, la protección especial que se da al trabajador como sujeto débil de la relación laboral, donde la misma tiene una vocación de permanencia en el tiempo,

No obstante, esta estabilidad laboral ha pasado a convertirse en reforzada en los casos que a continuación se mencionan. La jurisprudencia de la Corte Constitucional hace referencia al derecho a la estabilidad laboral reforzada en los siguientes términos "(...), el derecho a la estabilidad laboral reforzada consiste en: (i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismo; y (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz".³⁵

Ahora bien, la estabilidad laboral reforzada se presenta en los siguientes casos:

a) Salud.

Según la posición de la Corte Constitucional, el trabajador que sufre alguna afectación a su salud que dificulte su desempeño laboral, incluso si no existe acreditación de alguna discapacidad, goza del derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Esta protección no se limita a contratos a término indefinido. Si se cumple el plazo de los contratos a término fijo o por obra o labor contratada, el empleador tendrá que renovar el contrato si subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral y el trabajador ha cumplido sus funciones aunque el término del contrato haya expirado.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia sostiene una posición mucho menos proteccionista, toda vez que indica que esta protección especial únicamente procede para quienes presentan limitaciones en grado severo o profundo y no para quien tiene cualquier tipo de limitación, o para quienes están en incapacidad temporal por afectaciones de salud. La limitación moderada es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; la limitación es severa cuando es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral y profunda cuando supera el 50%, considerando que la protección solo aplica para quienes tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada.

No obstante lo anterior, se destaca que en caso de terminación de contrato de trabajo frente a una persona que tiene cualquier condición de salud y que no necesariamente le genera una protección especial, los trabajadores suelen acudir a interponer acción de tutela solicitando el reintegro, precisándose que la revisión de los fallos de tutela corresponde a la Corte Constitucional, por lo que se recomienda ser muy cuidadoso al analizar la viabilidad de la terminación de contratos de trabajo ante estas situaciones debido a la posición excesivamente proteccionista con los trabajadores que sostiene esta última.

b) Maternidad y período de lactancia.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia T – 320 de 2016.

Este fuero se extiende desde el momento en que la trabajadora está en estado de embarazo hasta que culmina su período de lactancia, es decir, hasta que el menor cumple 6 meses de edad.

La presunción de que la terminación del contrato se da debido al estado de embarazo va desde el período de gestación y durante la licencia de maternidad, es decir, los cuatro (4) meses posteriores al parto. En caso que se desvincule a la trabajadora en los siguientes dos (2) meses, antes que el menor cumpla seis (6) meses de edad sigue existiendo la protección, no obstante, desaparece la presunción en cuanto a que el despido es con ocasión de la lactancia y será la trabajadora quien deba probar que el despido se motivó en tal situación.

c) Pareja de mujer embarazada o lactante no trabajadora.

Conforme con la Sentencia C – 005 de 2017, se genera una protección especial para quien tiene la condición de cónyuge, compañero permanente o pareja trabajador de la mujer en período de embarazo o lactancia que no tiene vínculo laboral, que depende económicamente de aquel y que es beneficiaria del sistema de seguridad social al que está afiliado el trabajador, siendo que en este escenario no se puede terminar el contrato de trabajo del trabajador con justa causa sin contar permiso del Ministerio del Trabajo.

d) Prepensionable.

De acuerdo con los pronunciamientos jurisprudenciales establecidos en las sentencias T – 368 de 2016 y T – 229 de 2017, expedidas por la Corte Constitucional, se protege a los trabajadores que les faltare 3 años o menos para cumplir los requisitos para pensionarse, evitando que sean despedidos, cuando exista o pueda existir una vulneración de sus derechos fundamentales por estar en una edad donde las probabilidades de integrarse al mercado laboral son pocas, su salario sea la única fuente de ingresos, o que ante la ausencia de salario los ingresos que por otros conceptos pueda recibir el trabajador sean insuficientes para garantizar una vida en condiciones dignas. Adicionalmente, este fuero también busca proteger al trabajador de la posibilidad de no poder acceder a la pensión al no completar requisitos, derivado de la ausencia de vínculo laboral.

Sin embargo, la protección no es absoluta, como se deduce de lo indicado por la Corte, si se está frente a un trabajador de dichas calidades que pudiera contar con otros ingresos que le permitan subsistir y garantizarse condiciones de vida digna, así como continuar cotizando al sistema, lo cual de cualquier forma es difícil de acreditar.

Ahora bien, con la expedición de la Sentencia SU – 003 de 2018, la Corte Constitucional, indicó que la condición de prepensionable se adquiere cuando a la persona le faltan 3 años para pensionarse y le falten cumplir los dos requisitos, tanto el de edad como el de semanas cotizadas y/o tiempo de servicios, ya que, en el evento en que tenga las semanas suficientes para adquirir el derecho pensional y solo le falte la edad, no estaría amparado por dicha protección, pues el derecho no se frustra con la desvinculación, como quiera que el requisito de la edad va a ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral.

En este caso, debe aclararse que la protección solamente aplica para los despidos sin justa causa y en caso de un despido con justa causa no se requiere autorización del Ministerio del Trabajo.

e) Fuero sindical.

Este fuero cubre a los fundadores de un sindicato, a los trabajadores que con anterioridad a la inscripción en el registro sindical ingresen al sindicato, a los miembros de la junta directiva y subdirectivas del sindicato, federación y confederación de sindicatos sin pasar de 5 principales y 5 suplentes y los miembros de comités seccionales sin pasar de 1 principal y 1 suplente; 2 miembros de la Comisión estatutaria de reclamos que designen los sindicatos, federaciones y confederaciones sindicales.

La protección es para no ser despedido, ni desmejorado en sus condiciones de trabajo, ni ser trasladado a otro establecimiento de la empresa o municipio, sin justa causa previamente calificada por el juez de trabajo.

f) Fuero circunstancial.

Protege a los trabajadores que le hubieran presentado al empleador un pliego de peticiones, tanto a los trabajadores sindicalizados como a los no sindicalizados. No solo protege a los trabajadores afiliados al sindicato sino también a los trabajadores no sindicalizados que presenten un pliego de peticiones para la firma de un pacto colectivo. Están excluidos de este fuero los trabajadores que desempeñen cargos de alta dirección o jerarquía dentro de la empresa.

La protección se da para no ser despedidos sin justa causa comprobada desde el momento de la presentación del pliego de peticiones al empleador hasta que se haya solucionado el conflicto por la firma de la convención o pacto, o que quede ejecutoriado el laudo arbitral y en aquellos casos en donde se verifique la terminación anormal del conflicto colectivo de trabajo. Cuando el empleador considere que el trabajador incurrió en justa causa, no es obligatorio acudir previamente ante el juez de trabajo para pedir el permiso para terminar el contrato de trabajo.

g) Padre o madre cabeza de familia.

Para reconocer la condición de madre y/o padre cabeza de familia se requiere que exista un total abandono del otro padre sobre las obligaciones y responsabilidades que le asisten sobre sus hijos, situaciones que no son predicables por el solo hecho de señalar que tiene a cargo a su hijo.

Por otra parte, también se señala que el trabajador debe tener una actitud diligente y oportuna en procura de obtener la protección como madre y/o padre cabeza de familia de manera que debe adelantar acciones pertinentes a poner en conocimiento de su empleador esta situación y acreditarlo con los documentos pertinentes.

En este caso la protección es para que no se dé por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, pudiendo hacerlo cuando haya una justa causa debidamente comprobada.

h) Acoso laboral.

El objeto de esta medida es evitar represalias o actitudes retaliatorias por parte del empleador contra aquellas personas que presentan una queja por acoso laboral, o contra los testigos que son escuchados en desarrollo del proceso para resolver dicha queja.

En este sentido, el numeral 1° del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006 plantea que la terminación unilateral del contrato de trabajo carece de efectos cuando se profiera dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, siempre que se verifique la ocurrencia de los hechos.

Así las cosas, para que el quejoso o los testigos cuenten con el fuero de seis (6) meses es necesario que se haya verificado la ocurrencia del acoso laboral o por lo menos que aunque no haya acoso sí haya conductas que afectan el clima laboral, ante las que se requiere tomar medidas.

La protección se relaciona con la terminación del contrato sin justa causa o de manera unilateral, por lo que en caso de haber una justa causa para dar por terminado el contrato, así se dé en el término de los seis (6) meses de presentación de la queja, ello se puede hacer, siendo fundamental sustentarla adecuadamente para que no se considere que la medida es una represalia por la queja presentada o por haber sido testigo en el caso.

3.1.15. Contrato de prestación de servicios.

a) ¿Qué es contrato de prestación de servicios?

Un contrato de prestación de servicios es aquel que se realiza con una persona natural o jurídica, que tiene independencia administrativa, técnica y financiera, teniendo en cuenta las calidades de la persona, las cuales deben concordar con el objeto del contrato y que se rige por normas civiles y/o comerciales.

b) ¿Cuándo se está realmente ante un contrato de prestación de servicios?

Cuando el contratista desarrolla de manera independiente sus funciones y si bien se dan unas pautas para cumplir el objeto del contrato, éstas son generales, pues, debido a su experticia éste sabe como debe desarrollar sus funciones.

En la Resolución 2021 de 2018, el Ministerio del Trabajo señala unos aspectos que tendrá en cuenta para verificar si existe una intermediación laboral ilegal y en caso que haya personas prestando servicios mediante contrato de prestación de ciertos aspectos que indagará, con base en éstos se hacen las siguientes sugerencias para evitar contingencias en cuanto a que se considere que se está ante una relación laboral:

- Que los representantes del empleador no ejerzan ningún tipo de poder disciplinario sobre los contratistas o sus trabajadores.
- Debe estar plenamente identificado el personal que no tiene vinculación con el empleador, bien sean contratistas o trabajadores de los mismos, lo cual puede hacerse a través de un carnet o cualquier otro mecanismo que permita la distinción entre personal externo y aquel vinculado directamente con el empleador.
- Debe evitarse que los contratistas o sus trabajadores realicen funciones que sean del giro ordinario de los negocios del empleador.

- Es ideal que los elementos con los que van a desarrollar las funciones los contratistas no sean proporcionados por el contratante.
- Evitar dar instrucciones precisas y específicas en cuanto al modo en el que la persona va a desarrollar las funciones.

Adicionalmente:

- Exigir al contratista el soporte de la vinculación al sistema de seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales como trabajador independiente, así como la constancia mensual del pago de aportes. Este último punto para prever la atención en salud y el pago de prestaciones económicas ante eventuales accidentes o enfermedades, en especial si los servicios se van a prestar en las instalaciones de la Compañía.
- Evitar comunicaciones o situaciones ambiguas que eventualmente puedan dar lugar a que se interprete la existencia de subordinación de carácter laboral, como por ejemplo dirigirse a los contratistas mediante memorandos internos, expedir certificaciones laborales, incluirlos en los planes de beneficios propios del personal directo, etc.

c) Aportes al Sistema General de Seguridad Social.

Los contratistas cuyos honorarios mensuales superen el smlmv tendrán que realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social mes vencido. Dichos aportes se deberán realizar sobre una base mínima del 40% del valor mensualizado del contrato, sin incluir el valor del impuesto al IVA.

La afiliación y aportes al Sistema General de Seguridad Social en principio corresponden al contratista. Ahora bien, se debe precisar que en Riesgos Laborales la afiliación la hace el contratante y los aportes el contratista salvo que esté clasificado en riesgo IV o V, caso en el cual los aportes también los deberá asumir el contratante.

d) Verificación aportes al Sistema General de Seguridad Social.

El contratante debe verificar que el contratista realiza los aportes al Sistema General de Seguridad Social, no solamente porque con ello puede deducir los pagos en el impuesto de renta y lograr una reducción en la declaración de renta, sino especialmente para asegurarse que el contratista está protegido por el sistema ante cualquier eventualidad.

Igualmente es importante señalar que el contratista debe realizarse el examen médico de ingreso y debe sumir el costo de los mismos, teniendo una vigencia de tres (3) años y será válido para todos los contratos que suscriba el contratista siempre y cuando se haya valorado el riesgo más alto al cual estará expuesto en todos los contratos.

e) Solidaridad.

Si las labores que realiza el contratista son del giro ordinario de los negocios del contratante, éste último será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e

indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores del contratista, incluso si no está autorizado para subcontratar, sin que esto le impida posteriormente repetir lo pagado contra sus trabajadores.

Tener en cuenta que no existe una definición legal sobre lo que se considera "extraño o ajeno" a las actividades ordinarias del contratante y por ende, ante eventuales reclamaciones, la decisión se basará en criterios subjetivos y quien decidirá será el juez.

f) Contrato realidad.

El contrato realidad es la declaratoria, por parte de un juez, de estar ante una relación de carácter laboral y no en presencia de una relación contractual distinta, generalmente civil o comercial, como se había pactado entre las partes. Dicha declaratoria se produce cuando el juez encuentra probados los tres (3) elementos del contrato de trabajo previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo de los cuales se hizo mención en la parte inicial de este capítulo, es decir, prestación personal del servicio, subordinación jurídica y pago de una remuneración.

Esta declaratoria obedece a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, el cual se encuentra consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia e implica que si hay disconformidad entre lo documentado y los hechos se da prevalencia a esto último.

Es importante destacar que ante la declaratoria de un contrato realidad las condenas usuales que imponen los jueces se relacionan con el pago de la diferencia salarial en caso que haya cargos de la misma jerarquía al que desarrolla la persona, pago de beneficios determinados en pacto o convención colectiva cuando se está en presencia de sindicato mayoritario, pago de prestaciones sociales y vacaciones (todo lo anterior teniendo en cuenta el término de prescripción en materia laboral), reliquidación de aportes al sistema de pensiones e incluso sanción moratoria por no consignación de cesantías (art. 99 Ley 50 de 1990) e indemnización moratoria (art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo) e indemnización por despido sin justa causa art. 64 del Código Sustantivo del Trabajo).

3.1.16. Voluntarios.

a) ¿Qué es un voluntariado?

Es el conjunto de acciones de interés general desarrolladas por personas naturales o jurídicas, que ejercen su acción de servicio a la comunidad, en virtud de una relación de carácter civil y voluntario³⁶.

b) ¿Quién es un voluntario?

Es toda persona natural que libre y responsablemente, sin recibir remuneración de carácter laboral, ofrece tiempo, trabajo y talento para la construcción del bien común en forma individual o colectiva, en organizaciones públicas o privadas o fuera de ellas.³⁷

³⁶ Artículo 3 Ley 720 de 2001.

³⁷ Ibídem.

Por lo tanto, se está ante un servicio gratuito que no genera derecho a recibir remuneración y que no se rige por el derecho laboral, dada su voluntariedad y espontaneidad.

Así las cosas, el voluntario no tiene la condición de subordinado, lo cual debe tenerse en cuenta al momento de manejar de la relación con el mismo, especialmente porque al darse los tres (3) elementos del contrato de trabajo a los que ya se ha hecho referencia, se considerará que se está ante una relación de carácter laboral que por tanto está sometida al régimen laboral colombiano.

c) ¿Cómo disminuir el riesgo de declaratoria de un contrato de trabajo?

Para disminuir el riesgo de la declaratoria de la existencia de una relación laboral con los voluntarios, se sugiere:

- Suscribir un documento a través del cual los voluntarios reconozcan y declaren que la actividad a desarrollar es exclusivamente de carácter social, altruista y voluntaria.
- Que no se otorgue a los voluntarios ningún tipo de remuneración o gratificación.
- Que los voluntarios actúen con independencia y autonomía durante la ejecución de sus servicios.
- Procurar que en la relación ordinaria con los voluntarios, no se ejerza la subordinación propia de un contrato de trabajo, es decir, que no esté sometido al cumplimiento de horarios, reglamentos, políticas y órdenes en general.
- Canalizar las observaciones y solicitudes relacionadas con los servicios a través de una sola persona, por ejemplo, tener un coordinador para estos fines.
- Evitar comunicaciones o situaciones ambiguas, que eventualmente puedan dar lugar a que se interprete la existencia de subordinación de carácter laboral, como por ejemplo dirigirse a estas personas mediante memorandos internos, dejar que éstos utilicen papelería o herramientas de trabajo propias de los empleados, facilitarles el uso permanente de oficina cuando la actividad a desarrollar no lo requiera, expedir certificaciones laborales, incluirlos en los planes de beneficios propios del personal directo, entregar tarjetas de presentación o dotación, hacer llamados de atención o imponer sanciones disciplinarias, etc.
- Solicitar la afiliación al Sistema General de Seguridad Social como contratistas independientes o como beneficiarios del sistema de salud, dados los riesgos de enfermedad y/o accidentes que pueden presentarse durante la ejecución de los proyectos, debiendo ser pagados en su integridad por los voluntarios como personas naturales.

3.1.17. Practicantes.

a) ¿Qué es una práctica laboral?

Es la actividad formativa realizada por los estudiantes universitarios de pregrado y los estudiantes de programas de formación complementaria, ofrecidos por las escuelas normales superiores, durante un tiempo determinado, en un ambiente laboral real, con supervisión y sobre asuntos relacionados con su

área de estudio o desempeño y su tipo de formación; para el cumplimiento de un requisito para culminar sus estudios u obtener un título que lo acreditará para el desempeño laboral.³⁸

b) ¿Características de la práctica laboral?

- Es la actividad pedagógica adelantada por un estudiante, para desarrollar competencias básicas, transversales y laborales específicas en escenarios de trabajo real, que lo preparan para su desempeño autónomo en el mercado laboral.
- No constituye relación de trabajo.
- Las actividades que desarrolle el estudiante deben versar sobre los asuntos establecidos por el programa académico respectivo.
- En las prácticas laborales participan el estudiante, el escenario de práctica (quien recibe al practicante para que realice la practica) y la Institución de Educación (escuela normal superior o universidad a la que está adscrito el estudiante).
- Se puede reconocer un auxilio económico por la práctica (evento en el cual se reconocerá por lo menos 100% del salario mínimo legal mensual vigente) o se puede pactar en forma gratuita.
- La institución educativa y la entidad en la que se realice la práctica deben realizar acompañamiento y seguimiento al desarrollo de la práctica laboral.
- Las prácticas laborales no pueden superar el tiempo dispuesto para ello en los reglamentos y normatividad de la Institución Educativa.

c) Edad mínima

Las prácticas laborales no podrán ser realizadas por estudiantes menores de 15 años.

Los adolescentes entre los 15 y 17 años de edad, requieren de autorización previa que el Inspector del Trabajo y Seguridad Social expida para tal fin.

d) Horario.

La duración de la práctica laboral no podrá ser igual o superior a la jornada ordinaria establecida por el escenario de practica para sus empleados y en todo caso a la máxima legal vigente. Adicionalmente, el escenario de práctica debe permitir que el estudiante asista a las actividades formativas a las que la Institución Educativa lo convoque.

e) Duración de la práctica.

³⁸ Artículo 15 Ley 1780 de 2016.

La práctica laboral tendrá la duración establecida en los reglamentos y normatividad de la respectiva Institución Educativa y se deberá especificar la fecha de inicio y terminación de la misma.

f) Supervisión.

Para la ejecución de las prácticas el escenario de práctica deberá designar un tutor que debe ser un empleado con conocimiento y experiencia en los asuntos que serán objeto de la actividad formativa.

Así mismo, la Institución Educativa deberá designar un docente que hará el seguimiento a la actividad formativa.

g) Plan de práctica.

Al iniciar la actividad formativa el estudiante debe hacer un documento en el que se definen los objetivos formativos a alcanzar, conforme con las actividades que desarrollará en la entidad, el monitoreo en su ejecución y los resultados de aprendizaje. Este documento debe ser aprobado por el tutor y el monitor y debe suscribirse por el estudiante, el tutor y el monitor.

h) Obligaciones.

i. Escenario de práctica:

- Establecer, aplicar y dar a conocer a los estudiantes que se postulen, el proceso de selección para la asignación de plazas de práctica.
- Contar con espacios y suministrar los elementos necesarios para que el practicante adelante su actividad formativa.
- Realizar una inducción a los practicantes, en la que se expongan todos los asuntos relativos al funcionamiento del escenario de práctica y de la práctica en sí misma.
- Designar un tutor de práctica.
- Fijar a través del tutor, y en conjunto con el estudiante y el monitor, el plan de práctica laboral.
- Cumplir con sus obligaciones en materia de Seguridad Social de acuerdo con lo previsto en la Resolución 3546 de 2018 (Ministerio del Trabajo).
- Asignar actividades y responsabilidades al practicante, que deberán tener directa relación con el área de conocimiento de su formación.

ii. Estudiante:

- Presentar al inicio de la actividad formativa un plan de práctica laboral.
- Cumplir con el horario de la práctica laboral asignado.
- Cumplir con las actividades, compromisos y condiciones acordados para el desarrollo de la práctica laboral, conforme al plan de práctica.
- Mantener estricta confidencialidad sobre la información que le sea entregada o conozca en el desarrollo de la práctica laboral.
- Informar a la Institución Educativa y al escenario de práctica, cualquier situación de la que tenga conocimiento y pudiera afectar el desempeño de sus actividades formativas de práctica.

iii. Institución Educativa:

- Designar previo al inicio de la actividad formativa un monitor de práctica.
- Cumplir con las obligaciones en materia de Seguridad Social de acuerdo con lo señalado en la Resolución 3546 de 2018 (Ministerio del Trabajo).
- En caso de un cambio de monitor durante el desarrollo de la práctica, esto debe ser notificado al estudiante y al escenario de práctica inmediatamente se produzcan.

i) Seguridad Social.

Los practicantes deberán contar afiliación y cotización a riesgos laborales³⁹. La obligación de afiliación al Sistema de Riesgos Laborales de los estudiantes universitarios que realicen prácticas laborales recae en principio sobre el escenario de práctica a la cual el estudiante llega a realizar la práctica, aunque puedan existir acuerdos con la Institución Educativa de la cual hace parte el estudiante en relación con quién se encargará de asumir la afiliación y el pago de los aportes al Sistema General de Riesgos Laborales, precisándose que, la afiliación de los estudiantes deberá efectuarse como mínimo un (1) día antes del inicio de la práctica o actividad correspondiente, y deberá realizarse ante la Administradora de Riesgos Laborales en la cual la entidad, o institución obligada a afiliar a los estudiantes, tenga afiliados a sus trabajadores, sin que en ningún caso las obligaciones de afiliación y pago al Sistema General de Riesgos Laborales se puedan trasladar al estudiante.

Ahora bien, aunque en las normas que regulan las prácticas laborales no se hizo ninguna precisión en materia de aportes a salud, sugerimos que, antes de iniciar la práctica, el escenario de práctica verifique que el estudiante se encuentre afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, afiliación que puede ser en calidad de cotizante o beneficiario del régimen contributivo o subsidiado, o en un régimen exceptuado o especial en salud, especialmente si se tiene en cuenta que en principio todo estudiante debe estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud como requisito de matrícula.

³⁹ Sección 3 del Capítulo 2 del Título 4 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto número 1072 de 2015, artículos 2.2.4.2.3.2 y 2.2.4.2.3.4.

j) Terminación de la relación de práctica.

La relación formativa de práctica laboral terminará por:

- Cumplimiento del plazo pactado para la práctica.
- Pérdida de la condición de estudiante por parte del practicante.
- Escrito de terminación anticipada justificando de manera expresa la causal que impide la continuidad del ejercicio. Debe estar suscrito por el estudiante, tutor y monitor.
- Las causales que se establezcan en la reglamentación interna del escenario de práctica o de la Institución Educativa.

k) Manejo de la relación.

Teniendo en cuenta que el objeto de la práctica es que el estudiante se encuentre inmerso en un ambiente real de trabajo, el escenario de práctica podrá dar instrucciones en cuanto al tiempo, modo y lugar en que se desarrollará el mismo, siempre relacionadas con el área de estudio y el tipo de formación y suscritas al convenio individual celebrado con el estudiante, que se basará en el marco general regulatorio de la práctica celebrado con la entidad de Institución Educativa a la cual está vinculado el estudiante.

El régimen disciplinario aplicable al estudiante no es el previsto por el escenario de práctica sino el que se establezca en los reglamentos y la normatividad de la Institución Educativa a la cual pertenece el estudiante, por lo que en caso de un comportamiento que se pueda llegar a considerar como una falta, deberá seguirse el procedimiento previsto por la Institución Educativa.

4. Financiación

4.1. Fuentes de financiación para ESALES.

Teniendo en cuenta las características de las ESALES, estas entidades pueden acceder a múltiples fuentes para financiar su operación y obtener recursos, tal como se explica a continuación.

4.1.1. Aportes y donaciones.

Como se explicó en la Sección 2.2, la legislación en materia tributaria contempla beneficios e incentivos tributarios para aquellos que realicen aportes y donaciones a las ESALES.

Desde el punto de vista de las ESALES, estas se encuentran legalmente autorizadas para recibir donaciones de personas, ya sean naturales o jurídicas, siempre que cumplan con los requisitos indicados en la Sección 2.2. mencionada.

De acuerdo con lo anterior, en la medida que una ESAL desarrolle actividades meritorias y pertenezca al RTE, va a tener un atractivo adicional para potenciales donantes interesados en obtener beneficios tributarios y en apoyar el desarrollo del objeto específico de la determinada ESAL.

4.1.2. Realización de actividades comerciales.

a) Negocios sociales.

Teniendo en cuenta las disposiciones del código de comercio sobre ESALES, dichas entidades adquieren su naturaleza, principalmente por la determinación de su objeto social y por la no distribución de utilidades ni restitución de aportes.

Con base en lo anterior, es posible para las ESALES llevar a cabo actividades comerciales, tales como negocios sociales, entendido como la explotación de una actividad comercial para el desarrollo de su objeto social principal. En este sentido, los requisitos que deben verificarse para una ESALES determinada, es que su objeto social o sus documentos constitutivos no impidan realizar actividades comerciales para estos efectos y que, en caso de celebrar algún contrato, se cuente con las autorizaciones requeridas, en caso de ser necesario.

Cabe resaltar que, de acuerdo con la legislación colombiana, la calidad de “comercial” o “mercantil” se asigna de acuerdo con los actos que realiza una persona determinada. En este caso, en la medida que la entidad sin ánimo de lucro determinada no tenga restringida la realización de actos comerciales, va a poder realizar los mismos y llevar a cabo negocios sociales.

Algunas de las actividades que son realizadas por ESALES y que pueden ser desarrolladas como negocios sociales, en la medida que buscan fomentar el desarrollo social, son:

- Actividades de fomento a la cultura del emprendimiento, que, de acuerdo con la Ley 1014 de 2006, pueden incluir actividades de formación para el emprendimiento, principalmente mediante la formación en competencias para emprendedores y el desarrollo empresarial;
- Actividades para el fomento del deporte, que incluyen contratos que se celebran entre instituciones públicas y entidades sin ánimo de lucro para el desarrollo de programa de educación extraescolar. Los recursos estatales con los que se asume la contratación de entidades sin ánimo de lucro para estos fines provienen de diferentes fuentes, incluyendo partidas presupuestales previstas en el presupuesto general de la nación, impuestos y rentas determinadas, entre otros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 181 de 1995. Sobre este punto cabe resaltar que, tal como se mencionó en la **sección 2.1.1. (b)** de este Memorando, la promoción y el apoyo a actividades deportivas, es una actividad meritoria para que una ESAL pertenezca al RTE y, de acuerdo con la disposición expresa del artículo 76 de la mencionada Ley 181 de 1995, las donaciones que se hagan a este tipo de entidades otorgan el derecho a deducir pagos en el impuesto de renta; y
- En general la realización de alguna actividad meritoria, siempre que vaya de acuerdo con el objeto social y los documentos corporativos de la respectiva ESAL, y que adicionalmente cumpla con los requisitos de interés general para considerarse como un negocio social, podrá ser realizado con fines comerciales por parte de ESALES, teniendo en cuenta las consideraciones indicadas anteriormente.

4.1.3. Participación en sociedades comerciales.

De acuerdo con el artículo 98 del Código de Comercio, cualquier persona, natural o jurídica, puede ser socio de una sociedad comercial. Con base en este artículo, es claro que las ESALES pueden participar como accionistas de sociedades comerciales y recibir dividendos.

Esto fue ratificado por la Superintendencia de Sociedades, mediante el Concepto 220-196569 de 2015, donde expresamente indica que “según doctrina reiterada de esta Superintendencia, una persona jurídica sin ánimo de lucro, ya se trate de una fundación, asociación o una cooperativa, podrá ser socia de una sociedad comercial, en la medida que sus estatutos o el acto de creación se lo permitan, pues desde el punto de vista de la ley mercantil no existe disposición que lo impida.”

Con base en lo anterior, siempre que el objeto social de la ESAL no lo impida, estas podrán ser accionistas de sociedades comerciales, sin que esto afecte de alguna manera la naturaleza de las ESALES.

4.1.4. Créditos.

Desde el punto de vista legal, no existen restricciones para que una ESAL obtenga créditos bancarios para financiar sus actividades en desarrollo de su objeto social principal.

Teniendo en cuenta que, al momento de obtener un crédito bancario, la ESAL estaría celebrando un contrato de mutuo con la entidad financiera respectiva, es importante tener en cuenta que no debe haber impedimentos a nivel corporativo, que la ESAL debe contar con las autorizaciones del órgano social correspondiente y que quien suscriba los documentos pueda ejercer la representación legal.

Del mismo modo, se debe tener en cuenta que la ESAL respectiva debe estar en capacidad de otorgar las garantías que sean exigidas por la entidad financiera que está otorgando el crédito, las cuales deben tener el carácter de idóneas y admisibles. De acuerdo con el Decreto 2555 de 2010, para que una garantía sea admisible debe contar con las siguientes características: (i) debe tener un valor económico establecido con criterios técnicos y objetivos; (ii) debe ser suficiente para cobrar el monto de la obligación que se pretende respaldar; (iii) debe ofrecer un respaldo jurídicamente eficaz otorgando a la entidad financiera un mejor derecho para obtener el pago de la obligación; y (iv) deben tener una posibilidad razonablemente adecuada para su ejecución.

4.2. Restricciones para acceder a financiación.⁴⁰

Como mencionamos en el punto anterior, la regulación no contempla limitaciones frente al otorgamiento de créditos a ESALES. No obstante, desde el punto de vista práctico, la cartera de los bancos incluye créditos a ESALES en proporciones muy bajas.

No obstante, a pesar de no ser lo usual, hay ESALES que tienen un rol activo en materia de créditos bancarios, como es el caso de las cajas de compensación. Tenemos conocimiento incluso de universidades que han obtenido créditos con entidades multilaterales de crédito.

En este sentido, el análisis que hacen los bancos al momento de otorgar un crédito a una ESAL es el mismo que se hace a cualquier sociedad comercial, ya que la falta de ánimo de lucro no afecta el flujo de caja que es el principal punto valorado por un banco al momento de otorgar un crédito a cualquier compañía.

⁴⁰ Nota: Esta sección ha sido verificada informalmente con algunas entidades bancarias del país.

4.3. SARLAFT.

Con base en lo anterior, los análisis que hace un banco al otorgar un crédito a una ESAL son iguales que los que hace para cualquier compañía, razón por la cual la ESAL que quiere adquirir un crédito con un banco deberá llenar los formularios y dar la información solicitada para efecto de los procesos de conocimiento de cliente y de SARLAFT.

De acuerdo con la regulación financiera aplicable y la práctica de los bancos comerciales al momento de otorgar un crédito a una persona jurídica, entra otra, debe revelarse la siguiente información para cumplir con los requisitos de conocimiento del cliente y de SARLAFT:

- Información general de la entidad:
 - a. Documento de identificación.
 - b. Razón social.
 - c. Domicilio social.
 - d. Datos de constitución.
 - e. Datos de contacto.
- Información del representante legal:
 - a. Documento de identificación.
 - b. Nombre.
 - c. Cargo.
 - d. Domicilio.
 - e. Datos de notificación.
- Información sobre la naturaleza y el tipo de entidad:
 - a. Naturaleza.
 - b. Detalle de la actividad económica principal.
 - c. Número de empleados.
- Información Composición Accionaria:
 - a. Relación de los socios o accionistas con una participación directa o indirecta igual o inferior al 5% y que tengan control de la entidad.
 - b. En caso de haber socios o accionistas con una participación mayor al 5%, por lo general se requiere diligenciar un formulario adicional para el conocimiento de dichos socios o accionistas.
- Información Financiera:
 - a. Total activos.
 - b. Total pasivos.
 - c. Total patrimonio.
 - d. Ventas anuales.
 - e. Ingresos operacionales y no operacionales mensuales.
 - f. Egresos mensuales.
 - g. Utilidad neta.
- Declaración de Origen de bienes y/o fondos:
 - a. Forma de adquisición.
 - b. Fuentes de recursos.
 - c. Declaraciones de licitud de la fuente de los recursos.
- Información tributaria:
 - a. Tipo de contribuyente.
 - b. Clase de contribuyente.
 - c. Responsable de IVA.
 - d. Autorretenedor.

- Información de operaciones internacionales.

Cabe resaltar que el listado anterior es enunciativo, sin perjuicio de información adicional que sea requerida por las entidades financieras correspondiente para cumplir con sus procedimientos internos de conocimiento del cliente.

5. Protección de datos personales

5.1. Conceptos.

5.1.1. Introducción: ¿Qué son datos personales?

Un dato personal hace referencia a cualquier información asociada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables, que las identifique o las haga identificables. Desde un punto de vista jurídico, la importancia de los datos personales surge del derecho que tienen las personas sobre sus datos y la capacidad que tienen de decidir sobre los mismos. Esa capacidad se conoce como el derecho de autodeterminación informativa o habeas data y se encuentra consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política de 1991.

En oposición, aquella información que no esté asociada con una persona natural determinada o determinable, o dicho de otra manera, que esté anonimizada de manera irreversible, implicaría la asunción de menores cargas regulatorias.

5.1.2. Definiciones relevantes en materia de protección de datos personales.

A continuación, se presentan algunas definiciones relevantes en materia de datos personales. Estas definiciones se encuentran en la normativa colombiana que será presentada más adelante:

<p>Autorización:</p>	<p>Se refiere al consentimiento previo, expreso e informado que otorga un Titular a un Responsable para que éste último realice operaciones de Tratamiento con dichos datos. En Colombia esta es la principal base legal y, excepto en algunas excepciones, es una obligación de los Responsables obtenerla antes de iniciar cualquier operación de tratamiento, así como conservar una copia de la misma para su posterior consulta. La autorización puede ser obtenida en cualquier medio que permita consulta posterior de su existencia y alcance.</p>
<p>Datos Sensibles</p>	<p>Aquellos datos que afectan la intimidad del titular o cuyo uso indebido pueden generar su discriminación. El artículo 5 de la Ley 1581 de 2012 da algunos ejemplos de este tipo de datos, de la siguiente forma:</p> <p>“aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos,</p>

	<p>organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición, así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos.”</p>
Encargado	<p>Persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, realice el Tratamiento de Datos Personales por cuenta del responsable de los datos personales.</p>
Finalidad	<p>Se refiere a los fines u objetivos para los cuales un Responsable utilizará los datos personales de los titulares. Es el Responsable quien define las finalidades respecto de las cuales solicitará al Titular su Autorización para realizar el Tratamiento de sus datos.</p>
Manual interno de políticas y procedimientos (o Manual)	<p>Es el documento interno que ha implementado un Responsable o Encargado en el cual se incluyen sus principios y procedimientos internos en materia de protección de datos, tales como la estructura organizacional implementada como parte del Programa Integral de Gestión de Protección de Datos Personales, las directrices que deben seguir sus funcionarios, las medidas de seguridad puestas en marcha, el proceso de atención a reclamos y consultas en materia de protección de datos personales, y demás medidas que se hayan aplicado conforme con la estructura de la organización, su tamaño, los servicios ofrecidos y el tipo de datos personas objeto de tratamiento.</p>
Política de Tratamiento de la Información (o “PTI”)	<p>Se refiere al documento que recoge los parámetros y conductas de un Responsable o Encargado en relación con el tratamiento de Datos Personales de conformidad con los lineamientos de la legislación vigente en la materia. A diferencia del Manual interno de políticas y procedimientos, las PTI son un documento público que deben conocer y aceptar los Titulares sobre quienes se tratan los datos personales.</p>
Programa Integral de Gestión de Protección de Datos (o “PIGDP”)	<p>Se refiere a los procedimientos y políticas efectivas diseñadas al interior de una organización y cuyo objetivo es la protección efectiva de los datos personales. La formulación del PIGDP que es el resultado de un proceso de debida diligencia. Su diseño e implementación deben ajustarse al tamaño de la organización. Tanto el Manual como las PTI hacen parte del PIGDP.</p>

Responsable	Persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asociación con otros, decide sobre la base de datos y/o el tratamiento de los Datos Personales.
Titular	Persona natural cuyos Datos Personales son objeto de tratamiento, ya sea cliente, proveedor, empleado, o cualquier tercero que, en razón o con ocasión de una relación comercial o jurídica suministre Datos Personales al Responsable.
Transferencia	Se refiere al envío por parte del Responsable, a un tercer agente o persona natural/jurídica (receptor) también en calidad de Responsable, dentro o fuera del territorio nacional para el tratamiento efectivo de Datos Personales. Así mismo, incluye los eventos en que una empresa actúa como Responsable receptor de datos personales, enviados por otro Responsable, domiciliado o no en el territorio colombiano.
Transmisión	Se refiere a la comunicación de Datos Personales por parte del Responsable Encargado, ubicado dentro o fuera del territorio nacional, para que el Encargado, por cuenta del Responsable, proceda con el tratamiento de Datos Personales.
Tratamiento	Cualquier operación o conjunto de operaciones sobre Datos Personales, tales como, pero sin limitarse, a la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión.

5.1.3. ¿Debe cumplir una ESAL con el régimen legal aplicable en materia de protección de datos personales en Colombia?

Siempre que una ESAL trate Datos Personales de titulares deberá cumplir con el régimen legal aplicable en Colombia.

Al respecto, las únicas excepciones sobre la aplicación del mismo, conforme se prevé en el artículo 2 de la Ley 1581 de 2012, corresponden a las siguientes:

- A las bases de datos o archivos mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico.
- Cuando estas bases de datos o archivos vayan a ser suministrados a terceros se deberá, de manera previa, informar al Titular y solicitar su autorización. En este caso los

Responsables y Encargados de las bases de datos y archivos quedarán sujetos a las disposiciones contenidas en la ley.

- A las bases de datos y archivos que tengan por finalidad la seguridad y defensa nacional, así como la prevención, detección, monitoreo y control del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.
- A las Bases de datos que tengan como fin y contengan información de inteligencia y contrainteligencia.
- A las bases de datos y archivos de información periodística y otros contenidos editoriales.
- A las bases de datos y archivos regulados por la Ley 1266 de 2008.
- A las bases de datos y archivos regulados por la Ley 79 de 1993.

5.2. Normativa aplicable a la protección de datos personales.

El siguiente es un resumen de las principales normas que rigen el tratamiento de datos personales en Colombia

- Ley Estatutaria 1581 de 2012: establece los principios generales aplicables a cualquier tipo de tratamiento de Datos Personales, incluyendo datos sensibles y datos de menores de edad, los deberes y obligaciones del Responsable y Encargado del tratamiento de la información, las consideraciones relativas a la solicitud de autorización o consentimiento de los titulares de la información y establece las reglas relacionadas con la transferencia de Datos Personales. Así mismo, incluye los derechos de los titulares y los mecanismos para hacerlos efectivos, así como el régimen sancionatorio aplicable, entre otros.

En virtud de la Ley 1581 de 2012, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la facultad de iniciar investigaciones administrativas en contra de Responsables o Encargados del tratamiento de Datos Personales que presuntamente se encuentren en incumplimiento de las regulaciones en la materia. La verificación de un incumplimiento puede acarrear sanciones que comprenden:

- multas de hasta 2.000 salarios mínimos legales vigentes;
- orden de suspensión, hasta por seis (6) meses, de todas las actividades relacionadas con el tratamiento de los Datos Personales y la indicación de los correctivos a ser implementados;
- el cierre temporal de las operaciones relacionadas con el tratamiento de Datos Personales si la compañía no cumple con las medidas correctivas ordenadas;
- y
- el cierre permanente e inmediato de las operaciones de tratamiento de Datos Personales.

- Decreto 1377 de 2013: (Compilado en el capítulo 25 del Decreto Único 1074 de 2015): Decreto reglamentario de la Ley 1581 de 2012, que agrega nuevas reglas relacionadas con la transmisión de Datos Personales de un Responsable a un Encargado del tratamiento de la información, regula las autorizaciones para el tratamiento de datos sensibles, los requisitos de forma del aviso de privacidad y la política de tratamiento de Datos Personales, así como el principio de responsabilidad demostrada.
- Decreto 886 de 2014: Decreto reglamentario de la Ley 1581 de 2012 que agrega disposiciones sobre el Registro Nacional de Bases de Datos como obligación del Responsable de las mismas y de la información contenida en ellas. El 3 de noviembre de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio emitió instrucciones para poner en funcionamiento el Registro Nacional de Bases de Datos. Compilado en el capítulo 26 del decreto 1074 de 2015.

La creación del Registro Nacional de Bases de Datos (en adelante el "RNBD") implica que los Responsables del Tratamiento de los Datos Personales, que cumplan las características definidas por la normatividad aplicable (actualmente en el Decreto 090 de 2019) tendrán que remitir a través de una plataforma web la información relacionada con el procesamiento de sus bases de datos personales. Adicionalmente mediante la Circular Externa N. 003 de agosto de 2018 la Superintendencia de Industria y Comercio expidió instrucciones específicas sobre el RNBD y la plataforma que lo soporta.

- Guía de Responsabilidad Demostrada: La Superintendencia de Industria y Comercio publicó en 2015 una guía cuyo objetivo es presentar lineamientos y orientar a los Responsables y Encargados en la implementación del procedimientos y medidas para el cumplimiento del Principio de Responsabilidad Demostrada.
- Circular Externa No. 3 de agosto de 2018: En virtud de la cual se modifican los numerales 2.1 al 2.4 y se eliminan los numerales 2.5 al 2.7 del Capítulo Segundo del Título V de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio relacionado con el Registro Nacional de Bases de Datos, teniendo en cuenta lo señalado en el decreto 090 de 2018 que modificó los artículos 2.2.2.26.1.2 y 2.2.2.26.3.1 del Decreto 1074 de 2015.

En esta Circular se establece el nuevo universo de las entidades obligadas a inscribir sus bases de datos, cuyo tratamiento manual o automatizado sea realizado por los Responsables del Tratamiento que reúnan las siguientes características: i) sociedades y ESALES que tengan activos totales superiores a 100.000 Unidades de Valor Tributario; ii) Personas jurídicas de naturaleza pública.

- Decreto 090 de 2018: Por medio del cual se modifica el ámbito de aplicación y el plazo señalados en los artículos 2.2.2.26.1.2 y 2.2.2.26.3.1 del Decreto 1074 de 2015, con el fin de reducir el universo de vigilados que deben cumplir con la obligación de registrar sus bases de datos en el RNBD.

- Serán objeto de inscripción en el Registro Nacional de Bases de Datos, las bases de datos que contengan datos personales cuyo Tratamiento sea realizado por ESALES que tengan activos totales superiores a 100.000 Unidades de Valor Tributario (UVT).

5.3. Obligaciones que debería cumplir una ESAL en materia de protección de datos personales.

5.3.1. Obligaciones como responsable del tratamiento.

Respecto de los derechos de los Titulares:
<ul style="list-style-type: none"> • Garantizar al Titular, en todo tiempo, el pleno y efectivo ejercicio del derecho de hábeas data a través de un área designada para tales efectos. • Informar a solicitud del Titular sobre el uso dado a sus datos. • Rectificar la información de los Titulares cuando sea incorrecta. • Tramitar las consultas y reclamos formulado. • Informar al Encargado del Tratamiento cuando determinada información se encuentra en discusión por parte del Titular, una vez se haya presentado la reclamación y no haya finalizado el trámite respectivo.
Respecto de los estándares que debe cumplir el Responsable:
<ul style="list-style-type: none"> • Conservar los datos personales de los titulares bajo las condiciones de seguridad, humanas y tecnológicas, necesarias para impedir su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento.
Respecto de las obligaciones frente a los Encargados:
<ul style="list-style-type: none"> • Informar al Encargado de todas las novedades respecto de los datos transmitidos y adoptar las demás medidas necesarias para que la información suministrada a este se mantenga actualizada. • Suministrar al Encargado del Tratamiento, según el caso, únicamente datos cuyo Tratamiento esté previamente autorizado. • Exigir al Encargado del Tratamiento en todo momento, el respeto a las condiciones de seguridad y privacidad de la información del Titular. • Garantizar que la información que se suministre a los Encargado del tratamiento sea veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible.
Respecto de la implementación de documentos y procesos:

- Solicitar a los Titulares la autorización para el tratamiento de sus datos personales y conservar copia respectiva. La autorización debe Informar debidamente al Titular sobre la finalidad de la recolección y los derechos que le asisten por virtud del tratamiento.
- Implementar una Política de Tratamiento de la Información que será puesta a disposición de los Titulares.
- Implementar, cuando resulte aplicable, Avisos de Privacidad.
- Adoptar un Manual Interno de Políticas y Procedimientos para garantizar el adecuado cumplimiento de la presente ley y en especial, para la atención de consultas y reclamos.
- Designar a un área o persona que se encargue de tramitar las solicitudes y reclamos de los Titulares.
- Conforme a la Guía para la Implementación del Principio de Responsabilidad Demostrada de la SIC, se debe designar a una persona o área que cumpla las funciones de Oficial de Protección de Datos, lo que incluye la promoción de una cultura de privacidad al interior de las organizaciones y la ejecución de tareas encaminadas a alcanzar estándares de protección de datos personales adecuados según el tamaño del Responsable.

Respecto de las autoridades de protección de datos:

- En caso de que la ejecución del giro ordinario de su objeto suponga la creación de una base de datos, y que el Responsable esté obligado o ya haya cumplido con el Registro Nacional de Base de Datos ante la SIC, deberá inscribir las bases de datos o actualizarlas con miras a incluir la información pertinente.
- Informar a la autoridad de protección de datos aplicable cuando se presenten violaciones a los códigos de seguridad y existan riesgos en la administración de la información de los Titulares.
- Cumplir las instrucciones y requerimientos que imparta la Superintendencia de Industria y Comercio.

5.3.2. Obligaciones como encargado del tratamiento.

Respecto de los derechos de los Titulares:

- Garantizar al Titular, en todo tiempo, el pleno y efectivo ejercicio del derecho de hábeas data.
- Realizar oportunamente la actualización, rectificación o supresión de los datos personales, según aplique.

- Tramitar las consultas y los reclamos formulados por los Titulares en los términos señalados en la presente ley.
- Permitir el acceso a la información únicamente a las personas que pueden tener acceso a ella.

Respecto de los estándares que debe cumplir el Encargado:

- Conservar la información bajo las condiciones de seguridad necesarias para impedir su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento.

Respecto de las obligaciones frente a los Responsables del tratamiento:

- Actualizar la información reportada por los Responsables del Tratamiento dentro de los cinco (5) días hábiles contados a partir de su recibo.

Respecto de la implementación de documentos y procesos:

- Adoptar un Manual interno de políticas y procedimientos para garantizar el adecuado cumplimiento de la normativa aplicable y, en especial, para la atención de consultas y reclamos por parte de los Titulares.
- Registrar en la base de datos la leyenda "reclamo en trámite" en la forma en que se regula en la Ley 1581 de 2012.
- Insertar en la base de datos la leyenda "información en discusión judicial" una vez notificado por parte de la autoridad competente sobre procesos judiciales relacionados con la calidad del dato personal.

Respecto de las autoridades de protección de datos:

- Abstenerse de circular información que esté siendo controvertida por el Titular y cuyo bloqueo haya sido ordenado por la Superintendencia de Industria y Comercio;
- Informar a la Superintendencia de Industria y Comercio cuando se presenten violaciones a los códigos de seguridad y existan riesgos en la administración de la información de los Titulares.
- Cumplir las instrucciones y requerimientos que imparta la Superintendencia de Industria y Comercio.

5.4. El Programa Integral de Gestión de Protección de Datos (PIGPD).

5.4.1. El oficial de protección de datos.

Los Responsables del Tratamiento de Datos Personales, conforme a su tamaño y estructura empresarial, deberán nombrar a un Oficial de Protección de Datos local (u “OPD”) quien es la persona o área que, por excelencia, debería asegurar que las disposiciones de las PTI⁴¹ se materialicen efectivamente en las operaciones cotidianas de los Responsables y no se reduzcan a un documento inerte o inocuo.

Vale la pena destacar que la normativa aplicable no establece que un OPD deba ser una persona designada exclusivamente para cumplir con las funciones descritas previamente. Está permitido (e incluso, en sociedades con una estructura administrativa reducida y capital humano limitado) que las funciones del OPD sean asignadas o delegadas a una o varias personas o áreas al interior de la organización del Responsable. Adicionalmente, una gran cantidad de funciones del OPD pueden ser delegadas a terceros, lo que tiene sentido, por ejemplo, en grupos empresariales de forma que centralicen sus procesos en materia de protección de datos.

Las funciones que debe cumplir el OPD de un Responsable en el marco de la Guía para la Implementación del Principio de Responsabilidad Demostrada publicada por la SIC, se encuentran descritas a continuación:

- Velar por la implementación efectiva de las políticas y procedimientos por la organización para cumplir las normas en materia de protección de Datos Personales.
- Implementación de buenas prácticas de gestión de datos personales dentro de la empresa.
- Promover la elaboración en implementación de un sistema que permita administrar los riesgos del tratamiento de datos personales.
- Coordinar la definición e implementación de los controles del Programa Integral de Datos Personales.
- Servir de enlace y coordinador con las demás áreas de la organización para asegurar una implementación transversal del PIGDP.
- Impulsar la cultura de protección de datos dentro de la organización.
- Mantener un inventario de las bases de datos personales en poder de la organización y clasificarlas según su tipo.
- Registrar las bases de datos de la organización en el RNBD y actualizar el reporte atendiendo a las instrucciones que sobre el particular emita la SIC.
- Obtener las declaraciones de conformidad de la SIC cuando sea requerido.
- Revisar los contenidos de los contratos de transmisiones internacionales de datos que se suscriban con Encargados no residentes en Colombia.
- Analizar las responsabilidades de cada cargo de la organización, para diseñar un programa de entrenamiento en protección de datos personales específico para cada uno de ellos.
- Realizar un entrenamiento general en protección de datos personales para todos los empleados de la compañía.
- Realizar el entrenamiento necesario a los nuevos empleados, que tengan acceso por las condiciones de su empleo, a datos personales gestionados por la organización.

⁴¹Adicionalmente a la PTI, los Responsables tienen la obligación implementar Manual Interno de protección de políticas y procedimientos conforme al literal k) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012, para garantizar el adecuado cumplimiento de la normativa de protección de datos.

- Integrar las políticas de protección de datos dentro de las actividades de las demás áreas de la organización (talento humano, seguridad, call centers y gestión de proveedores, etc.).
- Medir la participación, y calificar el desempeño, en los entrenamientos de protección de datos.
- Requerir que dentro de los análisis de desempeño de los empleados, se encuentre haber completado satisfactoriamente el entrenamiento sobre protección de datos personales.
- Velar por la implementación de planes de auditoria para verificar el cumplimiento de sus políticas de tratamiento de la información personal.
- Acompañar y asistir a la organización en la atención de las visitas y los requerimientos que realice la Superintendencia de Industria y Comercio.
- Realizar seguimiento al Programa Integral de Gestión de Datos Personales.
- Controlar y actualizar el inventario de información personal continuamente para identificar y evaluar nuevas recolecciones, usos y divulgaciones.
- Revisar las políticas siguiendo los resultados de las evaluaciones o auditorias.
- Mantener como documentos históricos, las evaluaciones de impacto y las de amenazas a la seguridad y riesgos.
- Revisar y actualizar, en forma periódica, la información y la educación impartida a toda los empleados de la organización, como resultado de evaluaciones continuas y comunicar los cambios realizados a los controles del programa.
- Revisar y adaptar los protocolos de respuesta en el manejo de violaciones e incidentes de seguridad para implementar las mejores prácticas o recomendaciones y lecciones aprendidas de revisiones posteriores a esos incidentes.
- Revisar y, en su caso, modificar los requisitos establecidos en los contratos suscritos con los Encargados del Tratamiento.
- Actualizar y aclarar las comunicaciones externas para explicar las políticas de tratamiento de datos.
- Reportar semestralmente al representante legal de la empresa la evolución del riesgo, los controles implementados, el monitoreo y, en general los avances y resultados del programa.

5.4.2. Condiciones de los documentos a implementar en el marco del PIGPD.

- Autorizaciones (y soporte de las mismas) una vez se ha recolectado el consentimiento del titular. Respecto a la Autorización debe tenerse en cuenta que:
 - La autorización debe ser obtenida al momento de recolectar los datos personales (no es válida una autorización posterior al inicio del tratamiento).
 - Al momento de obtener el consentimiento se debe informar adecuadamente de las finalidades y procedimientos de tratamiento (artículo 12 de la Ley 1581 de 2012).
 - La autorización debe ser obtenida de forma expresa, es decir que debe ser aceptada a través de un acto inequívoco del Titular, tal como una firma, la marcación en una casilla en Internet o la aceptación telefónica en una llamada que sea grabada.
 - El Responsable del tratamiento debe conservar una copia o una evidencia irrefutable de la autorización otorgada por el Titular.

- La autorización deberá ser elaborada pensando en el grupo de interés frente al cual será aplicado. No tendrá el mismo contenido y podrá variar sustancialmente la Autorización que se pide, por ejemplo, frente a un cliente que frente a un empleado o a un proveedor.
- Conforme al artículo 10 de la Ley 1581 de 2012, no es necesario obtener la autorización en los siguientes casos:
 - Cuando la información es requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial;
 - Cuando se trate de datos de naturaleza pública;
 - Cuando se trate de casos de urgencia médica o sanitaria;
 - Cuando el Tratamiento de información esté autorizado por la ley para fines históricos, estadísticos o científicos;
 - Cuando se trate de datos relacionados con el Registro Civil de las Personas.

Es importante tener en cuenta que cuando se Traten datos personales sin que medie autorización previa, se deberá en todo caso cumplir con las demás disposiciones contenidas en la ley.

- Políticas de Tratamiento de Información. Este documento es el medio a través del cual, los Responsables dan a conocer a los Titulares las políticas de privacidad y manejo de información. Así mismo, en este documento se le debe informar a los titulares sus derechos como Titulares, los canales a través de los cuales, podrán ejercer sus derechos de habeas data y el área o persona específica encargada de atender estas solicitudes. Los requisitos específicos de este documento se encuentran en artículo 13 del Decreto 1377 de 2013, compilado por el Decreto 1075 de 2015, y se describen a continuación:
 - El nombre o razón social del Responsable.
 - Domicilio del Responsable.
 - Dirección del Responsable.
 - Correo electrónico del Responsable.
 - Teléfono del Responsable.
 - Tratamiento al cual serán sometidos los datos y finalidad del mismo cuando esta no se haya informado mediante el aviso de privacidad.
 - Derechos que le asisten al Titular.
 - Cuál es la persona o área responsable de la atención de peticiones, consultas y reclamos ante la cual el Titular de la información puede ejercer sus derechos a conocer, actualizar, rectificar y suprimir el dato y revocar la autorización.
 - Cuál es el procedimiento para que los titulares de la información puedan ejercer los derechos a conocer, actualizar, rectificar y suprimir información y revocar la autorización.

- La fecha de entrada en vigencia de la Política de Tratamiento de la Información y período de vigencia de la base de datos.

Se advierte que las Políticas de Tratamiento no deben ser implementadas solamente con ocasión de la implementación de un proyecto en particular, pues es una obligación de todos los Responsables contar con ellas en caso de tratamiento de datos personales. No obstante, para el caso de la implementación de nuevos proyectos, es posible que un Responsable deba revisarlas y ajustarlas en caso de que se vayan a tratar datos personales para finalidades no previstas inicialmente, o si la implementación del mismo implica alguna modificación a las finalidades ya existentes.

- En caso de no ser posible dar a conocer al Titular el contenido de las Política de Tratamiento de Información en el marco del otorgamiento de una autorización, el Responsable del tratamiento deberá implementar un Aviso de Privacidad cuyo principal objetivo es precisamente que los titulares conozcan el sentido de dichas políticas. Los requisitos específicos de este documento se encuentran en artículo 14 del Decreto 1377 de 2013, compilado por el Decreto 1075 de 2015.
- Un Manual Interno de políticas y procedimientos relacionados con el manejo que las personas involucradas en el tratamiento de datos personales. Este Manual debe ser coherente con el tamaño de la ESAL, por lo que a medida que la misma adquiera madurez, deberá robustecerse el contenido del Manual, en particular, si con el paso de la ejecución de su objeto social se identifica que el Responsable esté expuesto a mayores riesgos con ocasión del tratamiento de datos personales.
- Cuando las operaciones de Tratamiento se apoyen en un tercero, es decir, un Encargado del tratamiento, deberá suscribirse un Contrato de Transmisión mediante el cual se le exija al Encargado, entre otras obligaciones, el cumplimiento de estándares de seguridad adecuados para el manejo de los datos personales. Los requisitos específicos de este documento se encuentran en artículo 25 del Decreto 1377 de 2013, compilado por el Decreto 1075 de 2015, descritos a continuación:
 - Los alcances del Tratamiento a cargo del Encargado.
 - Las actividades que el encargado realizará por cuenta del Responsable.
 - Las obligaciones del Encargado frente al Titular y frente al Responsable.
 - Una obligación en cabeza del Encargado mediante la cual se comprometa a dar aplicación a las obligaciones del Responsable bajo la Política de Tratamiento de Información del Responsable.
 - Una obligación en cabeza del Encargado mediante la cual se comprometa a tratar los datos personales de acuerdo con la finalidad que los Titulares hayan autorizado y con las leyes aplicables.

- Una obligación en cabeza del Encargado mediante la cual se comprometa a tratar los datos personales de acuerdo con los principios que lo tutelan.
- Una obligación en cabeza del Encargado mediante la cual se comprometa a mantener estándares de seguridad sobre los datos personales que trata.
- Una obligación en cabeza del Encargado mediante la cual se comprometa a tratar los datos personales en condiciones de confidencialidad.

5.5. Recomendaciones prácticas:

- La Ley 1581 aplica a todo tipo de responsables y encargados del tratamiento de datos personales, irrestrictamente de su calidad como ente público o privado, su ánimo de lucro o el tamaño de la organización. En consecuencia, a las ESALES les aplica este marco normativo.
- En general, los responsables suelen tratar datos de los siguientes grupos de interés: empleados, proveedores, clientes o usuarios o beneficiarios; sin embargo, la identificación de los grupos de interés deberá hacerse en cada caso a partir del análisis de la organización y su operación específica.

El cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos será entonces consecuencia de la estructura y operación específica de cada organización. Es decir, los documentos y procedimientos deberán reflejar las anteriores circunstancias.

- Por lo anterior, se recomienda a las ESALES, en primer lugar, realizar una revisión al interior de cada una para identificar los titulares de datos personales sobre quienes se cumple el tratamiento. Es decir, respecto de qué tipo de personas naturales se tratan sus datos y para qué finalidades. Adicionalmente, se sugiere identificar si se tratan datos personales sensibles o de menores de edad, pues esto implica la necesidad de implementar ciertos requisitos para la toma de la autorización, por ejemplo el carácter facultativo de su entrega.
- A partir de la identificación de los procedimientos internos y el tipo de titulares se deberá construir un Programa Integral de Gestión de Datos Personales que sea proporcional a su organización, pero que en todo caso cumpla con las obligaciones legales indicadas.
- Por ejemplo, las condiciones de cumplimiento del régimen deberán adaptarse según sea el medio por el cual se cumplan las obligaciones legales para la ejecución del tratamiento o, por ejemplo, la recolección de las autorizaciones. Es decir, si existe tratamiento por medios electrónicos y por medios físicos, se deberán identificar los procedimientos y medidas pertinentes para cada uno de ellos.
- Se recomienda que no se traten datos personales salvo en aquellos eventos en que sea estrictamente necesario para el cumplimiento de un contrato, la prestación del servicio o las obligaciones legales.
- Se debe designar, al interior de cada organización, una persona o área encargada de gestionar el cumplimiento en materia de protección de datos personales. Lo anterior, como prueba de la responsabilidad de esta en el cumplimiento de sus obligaciones.

6. Contratación estatal

6.1. Aspectos generales.

Las ESALES hacen parte de un régimen especial de contratación estatal, tal como lo indica el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia.

“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 los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”

De conformidad con la autorización contenida en el mencionado artículo, el gobierno nacional expidió el Decreto 92 de 2017 (el “Decreto 92”), con el fin de reglamentar la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro.

Adicionalmente, el régimen aplicable a las ESALES en materia de contratación estatal contempla la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011, en aquellos aspectos no regulados en el Decreto 92.

6.1.1. Capacidad de las ESALES para contratar con el Estado.

Las ESALES, sean nacionales o extranjeras, se encuentran habilitadas para contratar con el Estado, siempre que cumplan con el criterio de ser de “reconocida idoneidad” y adicionalmente el propósito de dicha contratación sea desarrollar programas de interés público, de acuerdo con el Plan Nacional de Desarrollo o los planes seccionales de desarrollo, según sea aplicable.

Del mismo modo, las ESALES que participen como proponentes en procesos de selección, deben tener un objeto social relacionado con el objeto del contrato determinado, tener capacidad para contratar en los términos del artículo 6 de la Ley 80 de 1993 y no encontrarse inmerso en ninguna causal de inhabilidad.

a) Trabajo con población vulnerable.

Teniendo en cuenta el carácter de interés público que deben cumplir los programas a ser desarrollados por las ESALES como contratistas del estado, el trabajo con población vulnerable podrá ser desarrollado por ESALES, teniendo en cuenta que dichos programas deben ser acordes con los planes seccionales de desarrollo o el Plan Nacional de Desarrollo.

Esto se encuentra previsto de forma expresa en el artículo 2° del Decreto 92 al indicar que “el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previstos en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, de acuerdo con el nivel de la Entidad Estatal, **con los cuales esta busque exclusivamente promover los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana**” (la negrilla es nuestra).

6.1.2. Posibilidad del Estado de contratar con ESAL.

El Decreto 92 regula los Convenios de Asociación del Estado con ESAL que prevé la Ley 489 de 1998, para cumplir con las actividades propias de las Entidades Estatales. El objeto de dichos convenios de asociación es el desarrollo conjunto de actividades entre una ESAL y el estado.

Estos convenios, son diferentes a los convenios de cooperación, y están regidos por el artículo 96 de la Ley 489 de 1996 y los artículos 5, 6, 7 y 8 del Decreto 092 de 2017.

No estarán sujetas a competencia aquellas ESALES que comprometan recursos en dinero para la ejecución de las actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio.

Si hay dos ESALES privadas que comprometan el 30% de los recursos requeridos para el convenio, la entidad deberá seleccionar de forma objetiva a tal entidad y deberá justificar los criterios de selección. Es decir, no hay un proceso competitivo entre las ESALES que participan.

6.2. Idoneidad de las ESALES.

Las ESALES deben cumplir con los siguientes requisitos para poder ser consideradas como de reconocida idoneidad, de acuerdo con el Decreto 92 y con la guía de contratación con ESALES de Colombia Compra Eficiente:

6.2.1. Objeto de la ESAL.

Las ESALES en sus documentos constitutivos definen el área de interés de su acción, la cual está relacionada con la intención de los fundadores y de los donantes. La coincidencia entre el objeto de la ESAL y el programa o actividad del plan de desarrollo es un elemento esencial para que esta sea adecuada para desarrollar tales propósitos

6.2.2. Estructura organizacional.

La Entidad Estatal debe establecer requerimientos que acrediten la estructura organizacional de la ESAL, atendiendo al programa o actividad prevista en el plan de desarrollo.

Los elementos que deben ser tenidos en cuenta por la ESALES en este aspecto, son, entre otros, los siguientes: (i) contar con una estructura de gobierno corporativo clara (i.e. administradores, junta directiva, comités directivos); (ii) estados financieros auditados; (iii) política documentada de conflictos de interés; (iv) política de manejo de riesgos operativos y archivo de documentos; y (v) política documentada de compensación de administradores y miembros de junta.

6.2.3. Indicadores de Eficiencia.

La entidad privada sin ánimo de lucro para ser de reconocida idoneidad debe tener una buena reputación en el Sistema de Compra Pública y en sus grupos de interés. La Constitución Política sólo autoriza a celebrar contratos en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política con entidades privadas sin ánimo de lucro que cuenten con un reconocimiento público manifiesto. Cuando las Entidades Estatales

han decidido emplear recursos en apoyar una ESAL para cumplir sus objetivos del Plan de Desarrollo, deben utilizar su juicio, el sentido común y la sana crítica para evaluar la reputación de la ESAL que va a recibir los recursos públicos.

6.2.4. Experiencia.

La experiencia requerida debe estar asociada con el éxito en programas desarrollados por la ESAL similares o afines al programa o actividad prevista en el plan de desarrollo y debe ser proporcional al alcance, el valor y la complejidad del proyecto.

La experiencia debe ser en las actividades requeridas para desarrollar el programa o actividad prevista en el plan de desarrollo, por tanto, la Entidad Estatal no debe exigir contratos con un tipo determinado de institución sino la ejecución de los programas o actividades propiamente dichas.

Las Entidades Estatales deben documentar y evaluar las actividades y los resultados obtenidos por las ESAL en la ejecución de los proyectos financiados con recursos estatales; esa evaluación es un documento que puede ser utilizado para acreditar la experiencia en el desarrollo de ese tipo de programas por parte de otras Entidades Estatales.

Es importante tener en cuenta que el Decreto 92 indica que para las ESAL recientemente constituidas, son aplicables las normas generales de contratación, que indican que el proponente podrá acreditar la experiencia con la experiencia de sus fundadores.

6.2.5. Reconocimiento.

La entidad privada sin ánimo de lucro para ser de reconocida idoneidad, debe tener una buena reputación en el Sistema de Compra Pública y en sus grupos de interés. La Constitución Política sólo autoriza a celebrar contratos en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política con entidades privadas sin ánimo de lucro que cuenten con un reconocimiento público manifiesto. Cuando las Entidades Estatales han decidido emplear recursos en apoyar una ESAL para cumplir sus objetivos del Plan de Desarrollo, deben utilizar su juicio, el sentido común y la sana crítica para evaluar la reputación de la ESAL que va a recibir los recursos públicos.

6.3. Proceso de selección.

Si el programa o actividad de interés público es ofrecido por más de una ESAL. Es obligatorio hacer un proceso de selección en donde compitan las diferentes ESALES. Para lo cual la entidad distrital, en los estudios previos, señalará los requisitos y condiciones objetivas para la escogencia. así como el análisis de los riesgos, analizando su impacto, posibilidad de ocurrencia y asignación.

Para realizar este proceso de contratación se deben tener en cuenta las etapas señaladas en el artículo 4° del Decreto 92.

No obstante, también se prevén ciertas excepciones al proceso de selección. Cuando la contratación requerida se refiera al desarrollo de actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana que solo pueden desarrollar ciertas personas, no se requiere adelantar un proceso competitivo, solo se debe justificar en los estudios y documentos previos.

6.4. Etapa de ejecución.

Durante la ejecución del programa determinado, la entidad contratante dispondrá de controles para verificar el cumplimiento de las metas del programa, que no se desvíen recursos y que en efecto se obtenga el beneficio y resultado esperados.

Así mismo, es deber vincular a la comunidad beneficiaria para que valide las gestiones hechas. Para el efecto, se podrán aplicar encuestas a fin de que los beneficiarios de la actividad expresen su opinión sobre cómo se desarrolló el proyecto, con el fin de identificar la reputación de la ESAL.

6.5. Liquidación.

A la finalización del proyecto las entidades estatales y las ESALES harán un balance final de la ejecución del contrato. De no poderse realizar conjuntamente lo hará exclusivamente la entidad estatal sin que afecte los derechos del contratista.

7. Transparencia

En relación con los deberes de transparencia y revelación de información de las ESALES, cabe resaltar que, en muchos casos, las ESALES deben cumplir con los mismos requisitos de información, revelación y transparencia que una sociedad comercial.

Desde el punto de vista tributario, tal como se indicó en la **sección 2.1.1. (b) iii.** de este Memorando, las ESALES deben cumplir con obligaciones de reporte de información. Del mismo modo, para efectos de adquirir financiación por parte de bancos comerciales, se deben cumplir todos los requisitos de conocimiento del cliente y proveer la información según los procesos requeridos para sociedades comerciales (salvo por temas que sean exclusivos de entidades comerciales o ESALES, teniendo en cuenta las particularidades de la naturaleza de cada entidad), como es el caso de la información requerida según lo indicado en la **sección 4.3.** de este Memorando.

Finalmente, en relación con los procesos de contratación estatal, las ESALES deben participar en los procesos de selección y proveer toda la información que sea requerida para cumplir con los requisitos exigidos para ser adjudicatarios de contratos estatales. De este modo, independientemente de la naturaleza de ESAL, estas entidades deben cumplir con deberes de transparencia y de revelación de información para la ejecución de sus diferentes actividades.

* * *

EQUIPO GÓMEZ-PINZÓN ABOGADOS

GÓMEZ-PINZÓN

DÉSENDE 1992



COMPARTAMOS
CON COLOMBIA

www.compartamos.org

<https://gomezpinzon.com>

 CompartamosCol

 @CompartamosCol

 Compartamos con Colombia

 @CompartamosCol

Carrera 7 # 71 – 21 Torre B, oficina 908, Bogotá, D. C. (Colombia)
comunicaciones@compartamos.org - www.compartamos.org