

450

MEMORANDO

Bogotá D.C.

PARA: LAURA MARIA QUIROZ LÓPEZ
Asesora de Despacho

DE: Director de Contratación

ASUNTO: Respuesta a su solicitud de concepto jurídico Donación uso licencia software. Radicado No. 20201000256223

Respetada Doctora Laura,

En respuesta a su solicitud del asunto, en la cual se solicita la emisión de un concepto frente a la viabilidad de donación por 4 meses el uso de licencia un software integrador y de clasificación, procede esta Dirección de Contratación a pronunciarse en los siguientes términos:

1. COMPETENCIA DIRECCION DE CONTRATACION

Conforme a lo dispuesto en el literal M del artículo 25 del Decreto Distrital 411 de 2016, que su tenor nos indica:

“Artículo 25- Dirección de Contratación. Corresponde Dirección de Contratación (sic) el ejercicio de las siguientes funciones: (...)

m. Atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia”

2. CONTEXTO JURÍDICO PREVIO

Según el Régimen Civil Colombiano la donación es el acto por el cual una persona denominada donante, **transfiere a título gratuito y en forma irrevocable**¹ una parte de sus bienes a otra que la acepta, donatario o beneficiario. Por su parte la Resolución 989 del 29 de noviembre de 1995, expedida por la Secretaría Distrital de Hacienda, la define como un contrato en que una de las partes se obliga a dar en forma gratuita e irrevocable una cosa a la otra parte, sin que ésta se obligue a retribuirle de alguna manera otro bien o servicio como contraprestación a su voluntad de dar y, la Resolución 001 del 20 de septiembre de 2001, expedida por el Contador General de Bogotá D.C., señala que hay donación cuando por voluntad, una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, transfieren a título gratuito e irrevocable a favor de dependencias de los Entes Públicos del Distrito Capital, la propiedad de un bien que le pertenece, previa aceptación del representante legal de la correspondiente entidad del distrito.

En este contexto, puede definirse la donación como el acto jurídico por medio del cual una persona (natural o jurídica), transfiere en forma gratuita e irrevocable a otra (persona natural, jurídica, de derecho privado o público), parte de sus bienes sin recibir ningún tipo de remuneración o contraprestación por dicho acto de disposición.

Las características de este acto jurídico según el régimen legal colombiano, son las siguientes:

¹ Artículo 1443 Código Civil

- i. Es un acto jurídico gratuito debido a que solo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, creándose en cabeza de la otra el gravamen que su transferencia ocasione.
- ii. Tiene carácter de principal en cuanto es un contrato que subsiste por sí mismo, sin necesidad de otra convención.
- iii. Una vez notificado al donante la aceptación de los bienes donados, éste no podrá revocar la donación a su arbitrio.
- iv. Es solemne ya que, en el caso de bienes inmuebles, para que la donación tenga validez se requiere que sea otorgada por escritura pública, inscrita en el competente registro de instrumentos públicos y, para los bienes muebles se requiere de contrato escrito.
- v. Es un contrato unilateral, toda vez que solo nacen obligaciones para el donante, la de transferir la propiedad y entregar el bien dado en donación.
- vi. Existe una afectación del patrimonio, es decir, existe una correlación entre el empobrecimiento y el enriquecimiento relativo para las partes. El patrimonio de la parte donante debe verse disminuido en la misma proporción que aumente el de la parte donataria.

Ahora, respecto del régimen jurídico de las donaciones ofrecidas a las entidades públicas distritales, cabe precisar que como bien lo dispone el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, dicho acto jurídico se regirá por las disposiciones pertinentes del Código Civil, prescindiendo así, tal como lo establece el parágrafo del artículo 14 de la citada norma, de las cláusulas excepcionales de terminación, interpretación, y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad.

Las entidades distritales con personalidad jurídica gozan de la capacidad y la aptitud legal para recibir bienes a título de donación, tal y como lo prescribe el Código Civil en su artículo 1021 que al tenor dispone:

*“ARTICULO 1021. CAPACIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS. <Artículo subrogado por el artículo 27 de la Ley 57 de 1887. El nuevo texto es el siguiente:> **Las personas jurídicas pueden adquirir bienes de todas clases, por cualquier título, con el carácter de enajenables.**”* (Subrayas y negrillas fuera de texto).

De ahí que, la Resolución 989 de 1995 expedida por la Secretaría Distrital de Hacienda, dispone que la competencia para aceptar donaciones ofrecidas a las entidades distritales recae en sus representantes legales:

“Los funcionarios competentes estudiarán la viabilidad de aceptar la donación de acuerdo con el carácter de la misma, las condiciones que imponga el donante, tales como destino, uso y mantenimiento del bien, la legalidad del acto y demás aspectos inherentes al proceso los cuales se encuentren estipulados en la normatividad vigente sobre la materia.” (Subrayas y negrillas fuera de texto).

En lo que respecta a la capacidad de los representantes legales para suscribir el respectivo contrato de donación, el Decreto Distrital 714 de 1996, el artículo 87 dispone:

“Los Órganos y Entidades que conforman el Presupuesto Anual del Distrito Capital tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la que hacen parte y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en su presupuesto, lo que constituye la

autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la Ley. Estas facultades estarán en cabeza del Jefe de cada Entidad quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes." (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Capacidad que es ratificada por el Decreto Distrital 854 de 2001, en su artículo 60 que dispone:

"ARTICULO 60. Las Secretarías de Despacho, Departamentos Administrativos y Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, como entidades ejecutoras que conforman el Presupuesto Anual del Distrito Capital, tienen la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la que hacen parte y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en su presupuesto. Estas facultades están en cabeza de los Secretarios de Despacho, Directores de Departamento y Gerente de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos. Estas competencias podrán ser delegadas en funcionarios del nivel directivo y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes". (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Cabe precisar, que en este mismo sentido se había pronunciado la entonces Dirección Jurídica Distrital mediante concepto con radicado número 3-2011-20183 de fecha 13 de julio de 2011, al concluir que: *"Si es posible que la empresa privada realice donaciones en dinero o especie a la persona jurídica Bogotá, Distrito Capital, o cualesquiera de sus entidades descentralizadas, con personería jurídica, del orden distrital, con capacidad para contratar"*.

Las donaciones que pretendan aceptar las entidades distritales con personalidad jurídica, no deben imponerle una obligación de carácter económico a favor del donante. En estos casos, la Contaduría General de Bogotá D.C., prohíbe a las entidades públicas de orden distrital aceptar este tipo de donaciones.

Ahora, respecto del procedimiento para aceptar donaciones a favor de entidades distritales, se dispone lo siguiente:

1. Ofrecimiento

El ofrecimiento de la donación, debe realizarla la persona hábil para donar, es decir, aquella que por ley no se haya declarado inhábil para realizar tal acto de disposición. Este ofrecimiento debe ser realizado por escrito y dirigido al representante legal o funcionario facultado de la entidad escogida como donataria.

En este documento se debe describir el tipo de bien que se pretende donar señalando sus especificaciones físicas o técnicas, estado de conservación, cantidad, valor unitario y valor total, documentos que identifiquen el bien y que acrediten la pertenencia y dominio por parte de la persona o entidad donante y demás referencias que sean de utilidad para precisar con exactitud el bien objeto de la donación. Si la donación es de dinero en efectivo o títulos valores, se debe indicar la cantidad y/o número de series según el caso.

2. Aceptación

En esta etapa la entidad donataria deberá realizar un análisis minucioso sobre la viabilidad jurídica, económica y presupuestal para aceptar los bienes ofrecidos a título de donación, verificando entre otros aspectos, su procedencia legal, titularidad, cargas tributarias e implicaciones económicas que conllevaría su aceptación.

Realizado el anterior análisis, la donación debe ser aceptada por el funcionario competente para tal fin, a través de acto administrativo motivado, el cual se fundamentará en las disposiciones que regulen la materia. Tendrá como base para efectos de identificación del donante y del bien, el ofrecimiento previo que se le hizo a la entidad.

3. Notificación del acto administrativo de aceptación

Esta actividad es de responsabilidad exclusiva del representante legal de la entidad donataria, quien debe notificar la aceptación por parte de la entidad que representa y anexar copia del acto administrativo al que se hace alusión en el numeral anterior.

Se reitera que los representantes legales solo podrán aceptar donaciones cuando la entidad donataria no adquiera por efecto de la donación gravámenes pecuniarios o contraprestación económica a favor del donante. Esto no impide que la entidad adquiera el compromiso de destinar el bien o bienes donados a los fines que condicione el donante, siempre y cuando se ajusten a los usos propios del bien y a la Constitución y la Ley.

4. Insinuación:

En este punto, es importante mencionar que el Código Civil dispone en su artículo 1458 modificado por el artículo 1° del Decreto 1712 de 1989, que las donaciones cuyo valor sea inferior a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales no requieren insinuación. Con la figura de la insinuación de la donación se pretende obtener la autorización o permiso del Notario Público, para transferir de manera gratuita e irrevocable al donatario, bienes que forman parte del patrimonio del donante y cuyo valor exceden la cuantía de cincuenta (50) salarios mínimos legales vigentes, so pena, que dicho acto de disposición sea declarado nulo.

En lo que respecta a la legalización de la donación, se precisa que debe celebrarse un contrato de donación, sea para bienes muebles, inmuebles o valores. En dicho acto contractual deberá señalarse de manera expresa que tanto el donante como el donatario se ajustan a los preceptos establecidos en el Código Civil Colombiano para los contratos de donación, con carácter irrevocable.

Asimismo, dichas normas disponen que el contrato de donación será suscrito por la persona quien dona el bien o el representante legal cuando se trate de persona jurídica y, el director, gerente o representante legal de la entidad donataria, del mismo modo se deberá identificar el bien objeto de la donación de manera clara y precisa, estipulando los documentos que demuestran la propiedad y posesión por parte del donante y las condiciones que éste impone para su utilización, si las hubiere

5. Ingreso al almacén de la entidad donataria:

Una vez legalizada la donación mediante la celebración del respectivo contrato, se debe realizar la entrega material de los bienes donados, así como el levantamiento del acta respectiva y la entrada de los bienes al almacén. Para ello, si los bienes objeto del contrato de donación son muebles, la misma se perfeccionará con la elaboración del Comprobante de Ingreso al almacén, agotándose los procedimientos establecidos por la entidad para este efecto.

Ahora bien, cabe resaltar que el artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a la administración pública realizar donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, sin establecer excepción alguna, pero no consagró restricción en el sentido contrario y bajo ese entendido, la Secretaría Distrital de Gobierno está facultada para recibir donaciones.

3. DEL CASO CONCRETO

En primera instancia, al tratarse de un software que requiere incorporación de datos en personales, se debe atender al artículo 15 de la Constitución Política de Colombia, el cual indica:

“ARTÍCULO 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”.

Los principios y disposiciones del art. 2 de la Ley 1581 (sobre Habeas Data) son aplicables a los datos personales que se encuentren en bases de datos o archivos de entidades públicas o privadas, entendidos estos, como el conjunto o depósito organizado de datos personales sujetos. El tratamiento por su parte, se refiere a la utilización, recolección, almacenamiento, circulación y supresión de los datos personales que se encuentren registrados en cualquier base de datos o archivos por parte de entidades públicas o privadas y en cuyo procesamiento sea utilicen medios tecnológicos o manuales².

Además, de acuerdo con el artículo 5 de la citada Ley, se consideran sensibles, los datos que *“afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, 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.”*

En ese sentido, las entidades públicas son responsables del tratamiento de los datos personales cuando deciden sobre las bases de datos o su tratamiento, vale reiterar, cuando realicen cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales como la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión, y en consecuencia, la recolección de datos relacionados con nombre, número de cédula, dirección y demás, deben ser tratados bajo la citada Ley, y será obligación de la Secretaría Distrital de Gobierno, garantizar la protección y manejo de esta información en los términos anteriormente señalados.

Por consiguiente, se procede a responder sus inquietudes conforme al análisis jurídico efectuado:

“¿Es viable recibir la donación del software cuya temporalidad podría ser por un término determinado, posiblemente no mayor a 4 meses?”

El artículo 1443 del Código Civil indica taxativamente que la donación es irrevocable, conforme a lo anterior una vez se realice la donación e instalación del software, el donante cede los derechos del mismo y no es de carácter temporal, sino de forma definitiva.

² Directiva 002 de 2018 Secretaría Jurídica Distrital - Tratamiento de Datos Personales

“¿Se puede llegar a considerar como un factor de riesgo el hecho de insertar bases de datos (datos personales población vulnerable) en un software que tiene un determinado tiempo de uso y que es propiedad de un particular?”

Una vez se realice la donación el particular cede los derechos del software, es por esto que cuando se inserten los datos, la propiedad y responsabilidad de la información queda en cabeza de la Secretaría Distrital de Gobierno, entidad que será la encargada de velar por la protección de datos de quienes se inscriban en dicha plataforma, a la luz de la Ley 1581 de 2012.

“¿Qué políticas de protección de datos se podrían llegar a implementar en caso de recibir la donación?”

Respecto a la protección de datos se debe cumplir lo consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política y dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 1581 de 2012 y su Decreto Reglamentario 1377.

El presente concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Esperamos de esta forma haber dado respuesta a la solicitud no sin antes señalarle que, cualquier otra inquietud sobre el particular con gusto estaremos dispuestos a atenderla.

Cordialmente,



GERMAN HUMBERTO MEDELLÍN MORA
Director de Contratación

Elaboró: Mónica Parra / Profesional Abogada Contratista Dirección de Contratación
Revisó: German Giraldo Agudelo / Abogado Contratista Dirección de Contratación

