



Bogotá D.C., 13 de marzo de 2023

CONCEPTO TÉCNICO No. 091**TEMA DE CONSULTA: CONCESIONES****COMPETENCIA:**

Previo a resolver la consulta, se señala que de conformidad con el Decreto No. 158 de 2022 *"Por el cual se establece la estructura del Archivo General de la Nación y se determinan las funciones de las diferentes dependencias"*, Es función de la Subdirección de Política y Normativa liderar y consolidar la emisión de conceptos técnicos y/o recomendaciones sobre la implementación de la política archivística.

MOTIVO DE LA CONSULTA:

- Normatividad.
- Cumplimiento
- Convalidación

"... Si a los diferentes tipos de Concesiones les aplica presentar ante el AGN sus TRD para convalidación. Ej. Concesiones Aeroportuarias, de Infraestructura, etc.:."

CONSIDERACIONES

Sobre la respuesta, conviene precisar en primer término, que las consultas que se presentan a esta entidad, se resuelven de manera general, abstracta e impersonal, de acuerdo con las funciones conferidas en el ejercicio de las atribuciones de dirección y coordinación de la función archivística del estado colombiano, expresamente señalada en la Ley 594 de 2000 y se circunscribe a hacer claridad en cuanto al texto de las normas de manera general, para lo cual armoniza las disposiciones en su conjunto, de acuerdo con el asunto que se trate y emite su concepto, ciñéndose en todo a las normas vigentes sobre la materia.

RESPUESTA

Al respecto, es pertinente puntualizar que, para los temas relacionados con la gestión documental, el Archivo General de la Nación ha dispuesto el "Modelo de Gestión Documental y Administración de Archivos"-MGDA y una vez analizada su solicitud, esta se encuentra enmarcada en el Componente *"Procesos de la Gestión Documental"* Subcomponente *"Planeación (técnica)"* Producto *"Tablas de Retención Documental"*

En cuanto a sus preguntas la Ley 594 de 2000 *"Por medio de la cual se dicta la Ley General de Archivos y se dictan otras disposiciones"* en el artículo 2 establece:

Ámbito de aplicación. La presente ley comprende a la administración pública en sus diferentes niveles, las entidades privadas que cumplen funciones públicas y los demás organismos regulados por la presente ley.

Favor imprimir a doble clara



A su vez en el artículo 4 de la misma ley establece:

Principios generales. Los principios generales que rigen la función archivística son los siguientes:

a) Fines de los archivos. El objetivo esencial de los archivos es el de disponer de la documentación organizada, en tal forma que la información institucional sea recuperable para uso de la administración en el servicio al ciudadano y como fuente de la historia;

Por lo mismo, los archivos harán suyos los fines esenciales del Estado, en particular los de servir a la comunidad y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y los de facilitar la participación de la comunidad y el control del ciudadano en las decisiones que los afecten, en los términos previstos por la ley;

b) Importancia de los archivos. Los archivos son importantes para la administración y la cultura, porque los documentos que los conforman son imprescindibles para la toma de decisiones basadas en antecedentes. Pasada su vigencia, estos documentos son potencialmente parte del patrimonio cultural y de la identidad nacional;

c) Institucionalidad e instrumentalidad. Los documentos institucionalizan las decisiones administrativas y los archivos constituyen una herramienta indispensable para la gestión administrativa, económica, política y cultural del Estado y la administración de justicia; son testimonio de los hechos y de las obras; documentan las personas, los derechos y las instituciones. Como centros de información institucional contribuyen a la eficacia, eficiencia y secuencia de las entidades y agencias del Estado en el servicio al ciudadano

d) Responsabilidad. Los servidores públicos son responsables de la organización, conservación, uso y manejo de los documentos

Los particulares son responsables ante las autoridades por el uso de los mismos.

e) Dirección y coordinación de la función archivística. El Archivo General de la Nación es la entidad del Estado encargada de orientar y coordinar la función archivística para coadyuvar a la eficiencia de la gestión del Estado y salvaguardar el patrimonio documental como parte integral de la riqueza cultural de la Nación, cuya protección es obligación del Estado, según lo dispone el título I de los principios fundamentales de la Constitución Política;

f) Administración y acceso. Es una obligación del Estado la administración de los archivos públicos y un derecho de los ciudadanos el acceso a los mismos, salvo las excepciones que establezca la ley;

g) Racionalidad. Los archivos actúan como elementos fundamentales de la racionalidad de la administración pública y como agentes dinamizadores de la acción estatal. Así mismo, constituyen el referente natural de los procesos informativos de aquélla;

h) Modernización. El Estado propugnará por el fortalecimiento de la infraestructura y la organización de sus sistemas de información, estableciendo programas eficientes y actualizados de administración de documentos y archivos;

i) Función de los archivos. Los archivos en un Estado de Derecho cumplen una función probatoria, garantizadora y perpetuadora;

A su vez en el artículo 24 de la misma Ley establece:

Obligatoriedad de las tablas de retención. Será obligatorio para las entidades del Estado elaborar y adoptar las respectivas tablas de retención documental.

Unido a esto la corte constitucional mediante sentencia T-198/15 estableció:

Favor imprimir a doble clara

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que el habeas data es un derecho constitucional fundamental autónomo, estrechamente relacionado con otros parámetros constitucionales como lo son el derecho de petición, el derecho de información, el derecho de acceso a la información pública y los principios constitucionales que orientan la función administrativa. Este derecho fundamental implica deberes de conservación documental a cargo de las entidades que custodian y administran la información contenida en archivos y bases de datos, necesaria para acceder al goce efectivo de otros derechos fundamentales. Así, los datos personales, la información laboral, información médica, información financiera y de otra índole contenida en archivos y bases de datos, son la fuente primaria para determinar el acceso o el alcance de ciertos derechos o el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de derechos y prestaciones sociales.

Se puede establecer inicialmente que el ámbito de aplicación de la normatividad archivística es para entidades públicas y privadas con función pública, adicionalmente con el cumplimiento de esta normatividad se están garantizando los deberes y derechos consagrados en la constitución política de Colombia, es decir las entidades estatales están obligadas a la administración de los archivos públicos ya que esto permite acceder a los derechos entre ellos a que los ciudadanos accedan a la información y por ende a los archivos, salvo las excepciones que establezca la ley, ya que los archivos son fuente para ejercer el control ciudadano ,además como bien lo establece la ley los particulares son responsables ante las autoridades del uso de los archivos adicionalmente que también son generadores de derechos y esta información estará controlada en la Tabla de retención Documental de la Entidad.

En relación con la función pública el consejo de estado mediante concepto C.E 2209 de 2015 estableció

la jurisprudencia constitucional ha indicado con claridad que la administración de recursos públicos por los particulares constituye una función pública. Así lo señaló la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-181 del 2002 indicando:

“[L]a administración de recursos fiscales y parafiscales es, por definición, una función pública. Las entidades prestadoras del servicio de salud, por ejemplo, administran los recursos parafiscales de dicho sector y, con ello, prestan un servicio público susceptible de control estatal, al punto que la Contraloría General de la República ejerce la inspección del manejo de dichos recursos....

En este escenario entiende la Sala que el concepto de entidad privada al que se refiere la Ley 594 de 2000 debe incluir tanto a personas naturales como jurídicas, pues limitarlo exclusivamente a estas últimas, conllevaría adoptar una interpretación que afectaría irrazonablemente la consecución de los fines perseguidos por la norma y generaría consecuencias indeseables en su aplicación, toda vez que el Archivo General de la Nación no podría ejercer las funciones que le otorgó la Ley 594 de 2000 sobre personas naturales que cumplen funciones públicas

Por lo tanto: i) si la administración y el recaudo de recursos del Estado envuelven el ejercicio de una función pública, y ii) si la Ley 594 de 2000 aplica a las entidades privadas que cumplen funciones públicas, concepto que incluye tanto a personas naturales como jurídicas, debe necesariamente concluirse que los archivos de las personas naturales y jurídicas privadas que administran o recaudan recursos del Estado se encuentran sujetos a la mencionada ley.

Igualmente, y complementando lo anterior la Ley 1712 de 2014 “Por medio de la cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional y se dictan otras disposiciones” en el artículo 5 establece:

Ámbito de aplicación. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las siguientes personas en calidad de sujetos obligados:

Favor imprimir a doble clara

a) Toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital;

b) Los órganos, organismos y entidades estatales independientes o autónomos y de control;

c) Las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, que presten función pública, que presten servicios públicos respecto de la información directamente relacionada con la prestación del servicio público;

d) Cualquier persona natural, jurídica o dependencia de persona jurídica que desempeñe función pública o de autoridad pública, respecto de la información directamente relacionada con el desempeño de su función;

e) Los partidos o movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos;

f) Las entidades que administren instituciones parafiscales, fondos o recursos de naturaleza u origen público.

Las personas naturales o jurídicas que reciban o intermedien fondos o beneficios públicos territoriales y nacionales y no cumplan ninguno de los otros requisitos para ser considerados sujetos obligados, sólo deberán cumplir con respecto de aquella información que se produzca en relación con ti que reciban o intermedien la presente ley fondos públicos

Además, en el decreto 1080 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Cultura” en el artículo 2.8.2.3.1, establece:

Obligación de conformar archivos en entidades vigiladas por el Estado. Las personas naturales o jurídicas de derecho privado, que estén bajo vigilancia del Estado deberán contar con un archivo institucional creado, organizado, preservado y controlado, teniendo en cuenta los principios de procedencia y de orden original, el ciclo vital de los documentos, y las normas que regulen a cada sector así como las establecidas en la Ley 594 de 2000.

Parágrafo 1°. Es responsabilidad de las Superintendencias y los Ministerios en sus respectivos sectores, establecer normas para el manejo de los archivos de las entidades privadas bajo su inspección y vigilancia, de conformidad con lo establecido en la Ley 594 de 2000 y demás normas reglamentarias, previa coordinación con el Archivo General de la Nación Jorge Palacios Preciado.

Unido a lo anterior la ley 489 de 1998 “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.” en el artículo 114 establece:

Control sobre las funciones. Sin perjuicio de los contratos pertinentes por razón de la naturaleza de la actividad, la entidad pública que confiera la atribución de las funciones ejercerá directamente un control sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular.

Respecto al contrato de concesión la Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración PÚBLICA” en el numeral 4 del artículo 32 lo define:

Favor imprimir a doble clara



4. Contrato de concesión Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Del mismo modo en el artículo 19 de esta Ley establece:

De la Reversión. En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.

Podemos observar entonces que normatividad archivística puede y debe ser aplicada por las entidades privadas, más si estas se encuentran vigiladas por parte del estado o si están en cumplimiento de una función o servicio público mediante la modalidad de contrato o concesión que son propios del que hacer de las entidades Estatales y por ende de sus funcionarios, ya que como lo indica la normatividad en los casos que así lo ameriten también son las cabezas de cada sector las que velaran por hacer cumplir a sus vigilados la normatividad que regula el que hacer archivístico, además de recalcar el hecho de que los documentos, sin importar el soporte en que se produzcan, son generadores de derechos tanto para los ciudadanos como para las mismas entidades y uno de esos derechos es el del acceso a la información y el de transparencia.

En cuanto a la convalidación podemos revisar lo descrito en el acuerdo 04 de 2019 “*Por el cual se reglamenta el procedimiento para la elaboración, aprobación, evaluación y convalidación, implementación, publicación e inscripción en el Registro único de Series Documentales – RUSD de las Tablas de Retención Documental*” en el artículo 10 establece:

Presentación de las Tablas de Retención Documental – TRD y Tablas de Valoración Documental – TVD para evaluación técnica y convalidación. El Secretario General de la entidad o quien haga sus veces, presentará las Tablas de Retención Documental – TRD o Tablas de Valoración Documental – TVD, a la instancia competente para su evaluación técnica y convalidación, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a su aprobación.

PARAGRAFO. *Las instancias competentes para la evaluación técnica y convalidación de las Tablas de Retención Documental – TRD y Tablas de Valoración Documental – TVD son las siguientes:*

El Comité Evaluador de Documentos del Archivo General de la Nación Jorge Palacios Preciado, para las entidades del orden nacional, las Alcaldías Distritales y las Gobernaciones.

Los Consejos Territoriales de Archivos, para las entidades del orden territorial (departamento, distrito y municipio) de su respectiva jurisdicción. A su vez en la tercera etapa del procedimiento de elaboración de las Tablas de Retención Documental descrita en el artículo 4 de este acuerdo establece:

Se puede establecer entonces que la entidad debe propender por la organización y conservación de las series y subseries documentales que hacen parte de la Tabla de retención de la entidad contratante y que evidencian el cumplimiento de las obligaciones contractuales ya que es la entidad Estatal la que debe responder por el cumplimiento del servicio o la función pública, y esta ejercerá el control sobre el cumplimiento de los objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular, es decir que la entidad pública debe realizar

Favor imprimir a doble clara



todo el proceso de elaboración y aprobación y convalidación ante las instancias correspondientes de las tablas de Retención y Valoración Documental.

Se puede concluir entonces que las series, subseries, tipos documentales, tiempos, soportes y disposición final deben estar reflejados en la Tabla de Retención Documental de la entidad ya que es allí donde se evidencia toda la producción documental bajo la estructura orgánica vigente en cumplimiento de sus funciones, y el desarrollo de los procesos, a su vez, este instrumento archivístico debe surtir el trámite establecido en la norma, es decir elaboración, aprobación, publicación e implementación, en cuanto a la convalidación esta es de carácter obligatorio para las entidades públicas y privadas con función pública y dentro del proceso de contratación es la entidad la que traslada la función mediante contrato o convenio y estos tendrán la obligación al cumplimiento de la normatividad archivística frente a la implementación, organización y conservación de la documentación que se genere en cumplimiento del mismo y de tal manera que cuando se dé el hecho de la reversión se haga entrega de los documentos a la entidad estatal además para el resto de documentación de tipo administrativo y privado que se desprende de la ejecución del contrato pueden aplicar la normatividad como buenas prácticas de gestión documental, administrativa y del manejo de la información, o si están vigilados por parte del estado deben aplicarla para garantizar entre otros el derecho al acceso a la información y a la defensa jurídica.

A sí mismo, le invitamos a consultar en el Sistema de Información del Sistema Nacional de Archivos -SISNA- del Archivo General de la Nación -AGN-, apartado “Conceptos Técnicos”, en donde encontrará información de referencia sobre las inquietudes y respuestas que ha emitido la Entidad:

➤ <http://sisna.archivogeneral.gov.co/menu.html>

En los anteriores términos se absuelve la consulta planteada, la cual debe considerarse dentro de los parámetros establecidos en el Código Contencioso de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 28, del Título II, Derecho de Petición, capítulos I, II y III, sustituidos por la Ley 1755 de 2015, sobre el Alcance de los Conceptos.

Subdirectora del Sistema Nacional de Archivos

Proyectó: Germán Cárdenas Castañeda – Profesional Asistencia Técnica Archivística

Revisó: Luz Dora Ariza López – Subdirectora del Sistema Nacional de Archivos

Archivado en: 600.08.04

Favor imprimir a doble clara