

Bogotá D.C., 18 de abril de 2024

CONCEPTO TÉCNICO NO. 085

TEMA DE CONSULTA

Ámbito de aplicación de la Ley 594 de 2000.

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:

(...) La pregunta puntual es: ¿Todos los documentos que producimos como concesión vial y que están definidos en su disposición final CONSERVACIÓN TOTAL, quien los debe conservar permanentemente, la entidad pública que nos vigila, o nosotros mismos como entidad debemos contratar un proveedor para la custodia de la información que adquiere valores secundarios? Lo anterior debido a que una vez finalizado el contrato de concesión ya no estaríamos produciendo más documentos referentes a nuestras actividades.

Por otro lado, los documentos que no están definidos como CONSERVACIÓN TOTAL, y que se producen antes de la finalización del contrato de concesión, también deberíamos contar con un proveedor de custodia que nos conserve esa documentación? lo anterior debido a que una vez finalizado el contrato de concesión entraríamos en un proceso de liquidación y nos gustaria saber cual es el deber ser de la disposición final de los documentos de archivo. (...). (sic).

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

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

Constitución Política de Colombia

Artículo 8. Es obligación del estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la nación.

Artículo 72. El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.

Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

Ley 80 de 1993 "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"

ARTÍCULO 19.- 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.

ARTÍCULO 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación
(...)

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. (...)

Ley 1508 de 2012 “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”

ARTÍCULO 2. Concesiones. Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas. Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración.

ARTÍCULO 6. Plazo de los contratos para proyectos de asociación público privada. Los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada, tendrán un plazo máximo de treinta (30) años, incluidas prórrogas.

6.1 Cuando de la estructuración financiera, y antes del proceso de selección, resulta que el proyecto tendrá un plazo de ejecución superior al previsto en el inciso anterior, podrán celebrarse contratos de asociación público privadas siempre que cuente con el concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES.

ARTÍCULO 31. Entrega de bienes. En los contratos para la ejecución de Proyectos de Asociación Público Privada se deberán especificar los bienes muebles e inmuebles del Estado o de los particulares, afectos a la prestación del servicio o a la ejecución del proyecto, que revertirán al Estado a la terminación del contrato y las condiciones en que lo harán.

Decreto 1467 de 2012 "Por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012"

Artículo 42. Reversión de la infraestructura de proyectos de Asociación Público Privada. Con el propósito de asegurar la continuidad de la prestación de servicios públicos en proyectos de Asociación Público Privada, la entidad estatal competente, en desarrollo de lo previsto en los artículos 31 y 34 de la Ley 1508 de 2012, pactará en el contrato la entrega y transferencia, de los elementos y bienes directamente afectados a la prestación de dicho servicio y el estado en el que los mismos revertirán al finalizar el plazo del respectivo contrato, sin que por ello deba efectuarse compensación alguna, y excluirá los elementos y bienes que por su estado o naturaleza no se considere conveniente su reversión.

Los bienes objeto de aporte del Estado diferentes a los desembolsos de recursos públicos efectuado por la entidad estatal competente revertirán a la entidad contratante al término del contrato.

2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR, mediante concepto de fecha veintiuno (21) de octubre de dos mil veinte (2020) Radicación número: 11001-03-06-000-2020-00171-00(2450) Actor: MINISTERIO DE TRANSPORTE, indica lo siguiente:

(...) Desde el punto de vista de la contratación estatal, la concesión es definida por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 así:

[S]on 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.

Por otra parte, la jurisprudencia ha identificado los siguientes rasgos distintivos del contrato de concesión:

[L]a Sección Tercera de ésta Corporación ha señalado como características propias del contrato de concesión que: i) dentro de su celebración interviene una entidad estatal que actúa como concedente y una persona natural o jurídica denominada concesionario; ii) El concesionario es quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga; iii) La entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; iv) el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien, entre otros); y que v) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato.

Finalmente, jurisprudencial y doctrinariamente se han identificado al menos tres modalidades de contratos de concesión: i) para la prestación de un servicio público, ii) para la construcción de una obra pública y iii) para la administración y explotación de un bien de carácter público. (...).

2. La Ley 2294 de 2023 establece entre otras cosas lo siguiente:

ARTÍCULO 105. INFRAESTRUCTURA SOCIAL Y PRODUCTIVA. La Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- podrá estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar proyectos de concesiones y otras formas de

Asociación Público-Privada -APP-, para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública, con el fin de ampliar la provisión de infraestructura social y productiva, de acuerdo con la priorización de la cabeza del sector correspondiente, en articulación con las entidades territoriales. (Subraya fuera de texto).

Con base en el anterior artículo se puede indicar que, la entidad pública competente para desarrollar las etapas precontractuales, contractual y poscontractuales de los contratos de concesión para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública es la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI.

Para lo cual, se conformará por parte de la ANI el respectivo expediente contractual según lo estipulado en el artículo 36 de la Ley 1437 de 2011 en el que deberá realizar el proceso de organización de los documentos producidos a razón de cada contrato de concesión, de acuerdo con sus Tablas de Retención Documental aprobadas y convalidadas.

3. RESPUESTA A LOS INTERROGANTES PLANTEADOS

Según los antecedentes normativos antes establecidos, las consideraciones realizadas y en respuesta al interrogante planteado se tiene que, son las Tablas de Retención Documental aprobadas por la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI y convalidadas por el Archivo General de la Nación Jorge Palacios Preciado, las que establecen el listado de series y subseries con sus correspondientes tipos documentales a las cuales se asigna el tiempo de permanencia en cada etapa del ciclo vital de los documentos, así como una disposición final.

Por lo tanto, toda la producción documental planeada, producida y administrada a razón del desarrollo del contrato de concesión para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública, debe responder a lo dispuesto en el citado instrumento archivístico. Y será la entidad concedente la que haga la recepción dentro del expediente contractual de los documentos producidos a razón de la ejecución del contrato. Así como los documentos que se generen dentro de la etapa poscontractual, dentro de los cuales están los entregados en el proceso de reversión.

Así mismo la facultad de Inspección, Vigilancia y Control, otorgada a la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI, dentro de los contratos de concesión para el

diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública, le permite establecer los parámetros para la gestión de los documentos producidos dentro de su ejecución, reglas que deben obedecer a lo dispuesto en la Ley General de Archivos y sus normas reglamentarias las cuales deberán ser acatadas por el concesionario con el fin de proteger los documentos que den cuenta de su actividad.

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.

Atentamente,

YENNI
MARCELA
GASCA
MUETE

Firmado
digitalmente
por YENNI
MARCELA
GASCA MUETE

@Firma

YENNI MARCELA GASCA MUETE

Subdirectora de Política y Normativa Archivística.

Proyectó: JHON JAIRO CORREA VELA / SPA
Revisó: YENNI MARCELA GASCA MUETE / SPA
Archivado en: Conceptos_Tecnicos_2024