



Radicado No: 20221100039561

Fecha: 09-11-2022

Bogotá D.C.,
110

Señor

CARLOS ALBERTO LÓPEZ LÓPEZ

Contralor Municipal de Villavicencio
cmvdespachocmv@gmail.com; caldos29@yahoo.es
Calle 41 #29-97 Barrio La Grama
Villavicencio, Meta.

Referencia: Concepto 110.0089.2022
SIA-ATC. 012022000795

*Temas: 1. De la figura del contralor estudiantil
2. De la presunción de legalidad de las ordenanzas y acuerdos*

Respetado señor Contralor:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento mediante correo electrónico del martes, 27 de septiembre de 2022, el cual fue radicado bajo No. 20222330022452 y SIA-ATC. No. 012022000795, y en el que hacen las siguientes consultas:

«Gracias a su gestión, a través del artículo 18 de la ley 2195 de 2022, se creó la figura del Contralor Estudiantil.

Sin embargo, a este servidor le asisten las siguientes inquietudes, que las transmito para que Usted a bien pueda absolverlas

1. ¿Se va reglamentar dicha figura para poder ser implementada?
2. ¿Qué papel desempeñarán las contralorías territoriales en la implementación y funcionamiento de esta figura?
3. ¿Los acuerdos y las ordenanzas, que en su momento y tal vez de manera ilegal, se sancionaron y al parecer aún están vigentes (no fueron anuladas por la JCA porque no fueron demandadas), fueron derogadas conforme al artículo 69 de la ley 2195 de 2022? o es necesario que se presente un proyecto de ordenanza o de acuerdo según sea el caso, para que sean derogadas? o todavía se podría trabajar actividades con estas normas municipales o departamentales.
4. ¿Los actuales contralores y vice contralores estudiantiles pueden seguir ejerciendo sus funciones?»

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia; por lo tanto, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando: «Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, **sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal**, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución ...» (Negrilla fuera de texto).

Por lo tanto, con el fin de dar respuesta a su requerimiento, nos permitimos a abordar el asunto presentado por usted, de manera general y abstracta, en los siguientes términos:

1. De la figura del contralor estudiantil

Sobre la figura del contralor estudiantil, el Consejo de Estado en la sentencia 2011-01230 de 2019¹ se pronunció indicando:

«(...) La Sala recuerda que Ley 115 de 1994, en su artículo 150, estableció que las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales, respectivamente, regulan la educación dentro de su jurisdicción, en los términos de la Ley 60 de 1993 y esa ley. Al revisar la Ley 115 de 1994 y el artículo 3º de la Ley 60 de 1993 que hacen referencia a las competencias de los departamentos en materia de educación, no se encuentra disposición alguna a través de la cual se faculte a la Asamblea Departamental para crear un órgano del Gobierno Escolar, ello en cuanto a que se trata de una materia reservada a la ley. En efecto, como se precisó en numerales anteriores, el Gobierno Escolar como la organización institucional de las entidades educativas, tienen origen legal tanto en su creación como en su integración. [...] Por lo demás, la Sala advierte que no es dable afirmar que la Asamblea Departamental se encontraba facultada para crear este tipo de órganos de control estudiantil con el argumento de que la Constitución Política garantiza la participación de la comunidad en los asuntos que le interesan, por cuanto la competencia en esta materia es exclusiva del legislador, como bien se anotó líneas atrás. No debe olvidarse que las competencias y funciones de las entidades y corporación públicas se encuentran dadas por el ordenamiento jurídico, en los términos de los artículos 6º, 122 y 123 de la Constitución Política [...] Lo expresado anteriormente indica que no existía sustento normativo para que la Asamblea Departamental de Antioquia, estuviera facultada para expedir la ordenanza creando la figura del Contralor Estudiantil y, mucho menos, modificar la conformación y la estructura del Gobierno Estudiantil. En este orden de ideas, comparte la Sala lo considerado por el a quo cuando afirmó que el demandado “desbordó la órbita de su

R)

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera – C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés

competencia al expedir la Ordenanza 016 de 2009 e institucionalizar la figura del contralor estudiantil, ya que la ley nunca le otorgó dicha facultad”, razón por la cual se confirmó la sentencia de primera instancia, tal y como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de este proveído. (...)»

En ese sentido, se desprende que para el año 2019, el Consejo de Estado indicó que algunas Asambleas Departamentales, Concejos Distritales y Municipales implementaron la figura del contralor estudiantil, por medio de ordenanzas y/o acuerdos, dado que la figura no se encontraba regulada por ley, sin embargo, el Alto Tribunal concluyó que la creación de la figura de contralor estudiantil como parte del gobierno escolar, era una atribución que recaía exclusivamente en el legislador, por lo que, a su juicio dichas corporaciones desbordaron la órbita de sus competencias, puesto que no se encontraban legitimadas para ello, por tratarse de una materia reservada al legislador.

Ahora bien, la Ley 2195 de 2022 «por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones», creo la figura del contralor estudiantil, en el capítulo V denominado «Pedagogía para la promoción de la transparencia y lucha contra la corrupción» en el cual se plasmó lo siguiente:

«Artículo 17. Pedagogía para la promoción de la participación ciudadana para la transparencia y lucha contra la corrupción. Los establecimientos educativos de educación preescolar, básica y media podrán fomentar en su Proyecto Educativo Institucional, en el marco de lo previsto en los Artículos 73 y 77 de la Ley 115 de 1994, la inclusión de estrategias que busquen el fomento de la participación ciudadana para asegurar la transparencia, la buena gestión pública y el buen uso de los recursos. Estas estrategias se soportan en los conceptos de sentido de lo público, transparencia y cultura de la integridad y podrán incluir aspectos como: i) la divulgación de los derechos y obligaciones de los ciudadanos, incluyendo lo relacionado con las disposiciones de esta Ley, ii) los deberes de las autoridades en materia de participación y control de la gestión pública por parte de la ciudadanía, iii) los mecanismos de participación y control a disposición de los ciudadanos y la manera de utilizarlos.

PARAGRAFO 1. Para el caso de las Instituciones de Educación Superior, se fomentarán estrategias de participación ciudadana y Ética Pública en el marco del principio constitucional de la autonomía universitaria.

PARAGRAFO 2. La Secretaría de Transparencia coordinará con las Secretarías de Educación, las estrategias pertinentes a los contextos educativos, conforme a lo establecido en el presente Artículo.

PARAGRAFO 3: En el marco de la autonomía prevista en el Artículo 77 de la Ley 115 de 1994, los establecimientos educativos de educación preescolar, básica y media pueden incluir un componente de ética pública en el grupo de áreas obligatorias y fundamentales de "Educación ética y en valores humanos", o en el área obligatoria de la educación media de "Ciencias Políticas", en el cual se promuevan y se dé a conocer la cultura ética, la transparencia, la rendición de cuentas, el espíritu de servicio, y la dignidad que debe poseer un servidor público.

Artículo 18. Contralor estudiantil. Crease la figura del Contralor Estudiantil en todas las Instituciones Educativas de Colombia del nivel nacional departamental, municipal y distrital. El Contralor Estudiantil promoverá desde el ámbito escolar la cultura de la integridad, la transparencia, y el control social, para que

los niños y jóvenes conciban, se apropien y fortalezcan su responsabilidad y compromiso en el cuidado de lo público.

Las actividades del contralor estarán dirigidas a fomentar la participación ciudadana para asegurar la transparencia, la buena gestión pública y el buen uso de los recursos. Para el cumplimiento de estos fines desarrollará las siguientes funciones:

1. Divulgar los derechos y obligaciones de los ciudadanos.
2. Divulgar los deberes de las autoridades en materia de participación y control de la gestión pública por parte de la ciudadanía.
3. Divulgar los mecanismos de participación y control a disposición de los ciudadanos y la manera de utilizarlos.
4. Presentar para consideración de la institución educativa, propuestas relacionadas con el cuidado de los recursos físicos y naturales en el ámbito de la institución educativa a la que pertenece.
5. Divulgar, promover y fomentar los mecanismos de control y vigilancia social de los recursos públicos existentes en Colombia.

El Contralor Estudiantil será un alumno de la institución educativa, elegido por sus compañeros mediante un proceso democrático de votación.»

En ese sentido, por medio de la ley, el legislador creó dentro del gobierno escolar, la figura del contralor estudiantil, determinando que el mismo sería un estudiante de la institución elegido democráticamente con funciones definidas, las cuales se encuentran orientadas a promover en los niños y jóvenes la integridad, la transparencia, el control social y el cuidado de lo público.

Ahora bien, respecto al rol que desempeñan las contralorías territoriales en esta figura, debe decirse que la norma no contempló su intervención, sin embargo de conformidad con sus competencias y responsabilidades frente a la participación de la ciudadanía, cumplirán las funciones relativas a la recepción, evaluación, trámite, seguimiento y respuesta a las denuncias ciudadanas, que se realicen en los términos y bajo los parámetros legales exigidos, incluyendo el caso que se presenten derivadas del ejercicio de los contralores estudiantiles.

Dicha ley se encuentra vigente desde el 18 de enero de 2022 y es aplicable en todas las Instituciones Educativas de Colombia del nivel nacional departamental, municipal y distrital, conforme a los parámetros normativos establecidos.

2. De la presunción de legalidad de las ordenanzas y acuerdos

La Ley 1437 de 2011, actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispuso que los actos administrativos se presumen legales así:

R

«Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.»

Así las cosas, la manera desvirtuar la presunción de legalidad que gozan los actos administrativos, es demandándolos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, invocando los medios de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, y que producto de dicha demanda se obtenga sentencia que disponga su anulación.

Al respecto del artículo citado, la Corte Constitucional en sentencia de tutela T-136 de 2019, se pronunció indicando:

«Esta determinación del legislador es razonable en el sentido de brindar certeza y estabilidad en el tráfico de relaciones jurídicas que emprende la administración con los administrados. Por un lado, la autoridad que los emite comprende que los actos a través de los cuales se manifiesta, una vez hayan cobrado ejecutoria, tienen efectos jurídicos, luego, deben ser acatados hasta tanto no sea declarada una situación contraria. Por el otro, el conglomerado social puede estar seguro de que las relaciones que se hayan consolidado serán respetadas, y por tanto, cumplirán sus efectos sin que de manera arbitraria e intempestiva dejen de ser reconocidos sin ningún tipo de aviso previo o de contar al menos con la posibilidad de oponerse a dicha situación.»

En ese sentido, una vez en firme los actos administrativos, iniciarán sus efectos jurídicos, los cuales, cesarán en caso de que la misma autoridad los revoque o se declare su nulidad.

Ahora bien, respecto a las ordenanzas expedidas por una asamblea departamental la Ley 2200 de 2022, por la cual se buscó modernizar la organización y el funcionamiento de los departamentos, contempló para el caso de las ordenanzas, que:

«Artículo 104. Normas Especiales. Las disposiciones que sean aplicables sobre reforma y derogatoria de las leyes, regirán para las ordenanzas.

artículo 105. Nulidad. Para todo lo relativo a la nulidad de las ordenanzas se aplicará lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011, o de las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.»

En relación con los acuerdos, la Ley 4 de 1913 indicó que: «Artículo 180. Los acuerdos de los Concejos son obligatorios mientras no sean anulados por la autoridad judicial».

De lo anterior lo anterior se desprende que las ordenanzas y acuerdos expedidos, se presumen legales hasta tanto no se haya declarado su nulidad por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

3. De la vigencia de ordenanzas y acuerdos que regularon la figura del contralor escolar expedidos con anterioridad de la Ley 2195 de 2022

Si bien las ordenanzas y acuerdos se presumen legales, ello nos es óbice para que una norma posterior que regule la materia cese sus efectos, al respecto de la derogatorias de leyes, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto Rad. 11001-03-06-000-2013-000193-00, del 18 de junio de 2014, consideró:

«En relación con esta materia la Sala ha señalado en múltiples conceptos que, tratándose de la derogación expresa, el Legislador señala en forma precisa y concreta los artículos que deroga. Por consiguiente no es necesaria ninguna interpretación, pues simplemente uno o varios preceptos legales se excluyen del ordenamiento desde el momento en que así lo disponga la ley. En cambio, la derogación tácita se deduce de una incompatibilidad de la ley anterior en relación con lo regulado en la nueva ley. En este caso se hace necesaria la interpretación de ambas leyes, para establecer cuál rige y determinar si la derogación es total o parcial.

(...)

En síntesis, la derogación tácita se produce cuando el Legislador no ha manifestado expresamente su voluntad de retirar del ordenamiento jurídico leyes anteriores, pero se deduce por la incompatibilidad entre la norma anterior y la nueva (antinomía), de manera que la aplicación de una de ellas conlleva necesariamente el desconocimiento de la otra. Por esta razón la derogatoria tácita es ante todo “un fenómeno de naturaleza eminentemente interpretativa o, si se prefiere, dependiente de la interpretación que se dé a las normas hipotéticamente compatibles”. Se trata entonces de una derogatoria por comparación o contraste, que de acuerdo con la jurisprudencia se presenta en dos casos: (i) cuando una norma jurídica posterior resulta incompatible con una anterior o (ii) cuando se produce una nueva regulación integral de la materia.»

En relación con ello, en nuestro Código Civil se dispuso:

«Derogación de las leyes

Artículo 71. Clases de Derogación. La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial.

Artículo 72. Alcance De La derogación Tacita. La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley.»

Ahora bien, en la parte primera de la Ley 153 de 1887 referente a las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes, se indicó:

«Artículo 2. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior.

RJ

Artículo 3. Estímese insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.»

Así las cosas, una derogatoria tácita de una norma es aplicable cuando una posterior establece disposiciones contrarias a la anterior o cuando a voluntad del legislador, se regula de manera íntegra la materia.

En ese contexto, respecto de las ordenanzas y los acuerdos municipales, se debe tener en cuenta que estos están condicionados al principio de jerarquía normativa en el que deben estar acorde a la Constitución Política y a las leyes.

La Corte Constitucional se pronunció sobre la jerarquía normativa en sentencia C-037 del 2000, precisando:

«7. Pero más allá de la supremacía constitucional, de la propia Carta también se desprende que las leyes expedidas por el Congreso dentro de la órbita de competencias que le asigna la Constitución, ocupan, en principio, una posición prevalente en la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico. Esta conclusión se extrae de diversas disposiciones, entre otras aquellas referentes a los deberes y facultades que, según el artículo 189 de la Constitución, le corresponden al presidente frente a ley. En efecto, esta disposición le impone “promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento” (numeral 10°), y “ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes” (numeral 11°). Así las cosas, tenemos que los actos administrativos de contenido normativo deben tener por objeto el obedecimiento y cumplimiento de la ley, de donde se deduce su sujeción a aquella. Igualmente, las normas superiores que organizan la jurisdicción contencioso-administrativa y señalan sus atribuciones (artículo 237 superior), encuentran su finalidad en la voluntad del constituyente de someter la acción administrativa al imperio de la ley.

8. Inclusive, las disposiciones que en ejercicio de sus funciones adopten los órganos autónomos o independientes previstos en la Carta, deben adoptarse conforme a los dictados legales. (...)

Tenemos entonces que, de manera general, la normatividad jurídica emanada de autoridades administrativas o de entes autónomos, debe acatar las disposiciones de la ley, tanto en su sentido material como formal.»

En ese sentido, la Ley 2195 de 2022 consagró entre otras cosas, la figura del contralor estudiantil y respecto al régimen de vigencia y derogatorias, contempló que:

«La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.»

De lo anterior se desprende que el legislador si bien no invocó de manera expresa que disposiciones se encontraban derogadas con la presente regulación, si indicó que, en el caso de hallarse normas contrarias a lo regulado estas quedan derogadas. Por ello, es preciso examinar de manera individual las ordenanzas y acuerdos expedidos por las asambleas departamentales y los concejos municipales,


para determinar si efectivamente se configura una antinomia entre la Ley y los actos administrativos.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas. El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 2015 “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

«...el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad ‘ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución’**» (Negrilla fuera de texto)

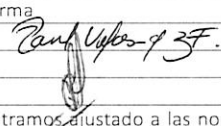
Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 # 69-76, Ed. Elemento, Torre 4 (Agua), Pisos 17 y 18 Bogotá, Cundinamarca o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y pavelasquez@auditoria.gov.co. Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 5335f3ce, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Cordial saludo,



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Paula Andrea Velásquez Ferreira		2/11/2022
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		2/11/2022
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		2/11/2022

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.