

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejero Ponente: **GUILLERMO VARGAS AYALA**

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Radicación Núm.: 050012333000**20120053301**

Actor: **ASOCIACIÓN DE INSTITUTORES DE ANTIOQUIA – ADIDA**

Medio de control: Nulidad.

Procede la Sala a decidir de fondo sobre el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 6 de noviembre del 2013 proferida por la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquía, que denegó las pretensiones de la demanda.

I. LA DEMANDA

1.1. La demanda.

En ejercicio del medio de control de nulidad consagrado en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, por conducto de apoderado, la Asociación de Institutores de Antioquia - ADIDA demandó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia la nulidad de la Circular No. 00060 de 3 de febrero de 2012, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Antioquia en relación con el asunto *“Jornada laboral docente, calendario académico, asignación académica y jornada escolar en os establecimientos educativos oficiales de los municipios no certificados del departamento de Antioquia”*¹.

¹ Folio 11 del Cuaderno 1.

1.2. Pretensiones.

La parte actora formula las siguientes pretensiones:

“1. Se declare la nulidad de la resolución (sic) No. 00060 de 3 de Febrero de 2012, por medio de la cual el señor Secretario de Educación del Departamento de Antioquia, modificó la jornada laboral de los docentes y la jornada escolar, al establecer que el tiempo dedicado por las Instituciones Educativas en los descansos de los alumnos, corresponden a una actividad curricular complementaria y que por tanto, no pueden incluirse dentro de las horas diarias efectivas de clase de 60 minutos que deben cumplir los estudiantes.

2. Una vez ejecutoriada la sentencia que le ponga fin a la presente acción, se comunique a la autoridad administrativa que profirió el acto, para los efectos legales consiguientes”.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

La parte actora señala como vulneradas por la disposición administrativa acusada la Ley 115 de 1994, la Ley 715 de 2001, el Decreto 1850 de 2002, el Decreto 1860 de 1994 y la Constitución Política de Colombia.

Estos señalamientos se sustentan en el cargo planteado así:

- **Falta de competencia del órgano que expidió la resolución.**

Afirma la demanda que la Secretaria de Educación de Antioquia carece de competencia para cambiar por medio de una circular la jornada laboral de los docentes, conforme a lo dispuesto por el artículo 151 de la Ley 115 de 1994 y el artículo 6 de la Ley 715 de 2001.

Resalta que el literal “C” del artículo 151 de la Ley 115 de 1994² le atribuye a las secretarías departamentales el deber de organizar el servicio educativo, pero agrega que éste debe cumplirse bajo los lineamientos legales y reglamentarios. En su criterio “no puede entenderse que la Secretaría de Educación de Antioquia tenga competencia para regular o reglamentar un asunto de reserva legal que fue tratado por el legislador (Ley 115 de 1994) y reglamentado por el gobierno nacional (Decreto Ley 1850 de 2002)”³.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demanda se notificó debidamente al Departamento de Antioquia y fue contestada por intermedio de apoderado judicial, quien formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inepta demanda por ausencia de acto sujeto a control judicial y la denominada excepción genérica⁴.

² **Artículo 151º.-** *Funciones de las Secretarías Departamentales y Distritales de Educación.* Las secretarías de educación departamentales y distritales o los organismos que hagan sus veces, ejercerán, dentro del territorio de su jurisdicción, en coordinación con las autoridades nacionales y de conformidad con las políticas y metas fijadas para el servicio educativo, las siguientes funciones: (...) c. Organizar el servicio educativo estatal de acuerdo con las prescripciones legales y reglamentarias sobre la materia y supervisar el servicio educativo prestado por entidades oficiales y particulares (...).

³ Folio 5 Cuaderno I.

⁴ Folios 53-54 Ibidem.

Adicionalmente defendió la legalidad del acto acusado con base en los siguientes argumentos⁵:

Indica que el acto demandado es una circular, la cual no tiene la naturaleza jurídica de acto administrativo o resolución, como equivocadamente lo describe la parte demandante.

Advierte que el contenido de la Circular No. 00060 corresponde “a la reproducción de lo prescrito por el Decreto 1850 de 2002 y en ningún momento su contenido refiere decisiones nuevas que produzcan efectos jurídicos”⁶. Por esto afirma que a la luz de su contenido es claro que se está frente a “una instrucción interna o un acto de servicio y no un acto administrativo que crea, modifique o extinga una situación jurídica”⁷.

Recalca que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado “*que las circulares de servicios son susceptibles de ser demandadas cuando las mismas contengan una decisión de la autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y puedan, en consecuencia, tener fuerza vinculante frente al administrado, pues de no ser así, si la circular se limita a reproducir lo decidido por otras normas, o por otras instancias, con el fin de instruir a los funcionarios encargados de ejercer determinadas competencias, entonces, la circular no será un acto susceptible de demanda*”⁸.

⁵ Folios 50-53 Idem.

⁶ Folio 50 Ejusdem.

⁷ Folio 51 Ibidem.

⁸ Idem.

Afirma que el Departamento de Antioquia atendió las directrices del Ministerio de Educación Nacional, como lo confirma la Directora de Fortalecimiento a la Gestión Territorial en su comunicación del 22 de febrero de 2012 Radicado No. 201200043747, en el que reconoce que dicha directiva se ajusta a lo definido en la Ley 715 de 2001, en el Decreto 1850 de 2002 y en las directivas y circulares que se han emitido sobre el tema⁹.

III. LA SENTENCIA RECURRIDA

Surtido el trámite de ley¹⁰, mediante sentencia del 6 de noviembre de 2013 el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Decisión Oral, resolvió el asunto sometido a su consideración declarando probada la excepción de ausencia de control de legalidad sobre la circular demandada por no regular ninguna situación jurídica específica y en consecuencia denegó las pretensiones de la demanda¹¹.

Para el *a quo* “resulta indudable que la Circular 00060 del 3 de febrero de 2012 emitida por el Secretario de Educación del Departamento de Antioquia no es un acto administrativo, puesto que el aparte demandado no modificó

⁹ Folio 53 Idem.

¹⁰ El día 20 de agosto de 2013 se llevó a cabo la audiencia inicial, en la cual realizó el saneamiento del proceso, se resolvieron las excepciones propuestas por la entidad demandada denegándola la falta de legitimación en la causa por pasiva y declarando que la excepción de inepta demanda por ausencia de acto susceptible de control debe ser objeto de consideración de la sentencia. Adicionalmente se realizó la fijación del litigio, se decretaron las pruebas documentales aportadas por las partes y se negaron los testimonios solicitados por el Departamento de Antioquia por considerar que se trata de un asunto de puro derecho. Cfr. Folios 129-135 del Cuaderno I.

¹¹ Folios 170-171 Idem.

una situación jurídica, por lo tanto no es susceptible de control jurisdiccional”¹². Esto, toda vez que en criterio del Tribunal Administrativo de Antioquia, dado que el Decreto 1850 de 2002 regula tanto lo relativo a la jornada laboral de los docentes (artículo 9) como al horario de la jornada escolar (artículo 2), el acto demandado “no modificó la jornada laboral docente ni la jornada escolar, puesto que se limitó a reproducir el contenido del referido Decreto 1850 de 2002 en los artículos reseñados”¹³.

IV. LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la providencia de primera instancia la parte actora interpuso recurso de apelación en el que reitera que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado las circulares son actos jurídicos pasibles de control judicial si inciden efectivamente respecto de situaciones jurídicas y son capaces de producir efectos jurídicos en ellas. Sostiene que en el asunto *sub examine* se está ante una circular que genera efectos jurídicos porque se eliminó el descanso o recreo como parte de la jornada escolar al catalogar el tiempo dedicado a ellos como actividad curricular complementaria; motivo por el cual se expidió sin competencia, pues va en contravía de lo previsto en las normas superiores que rigen la materia¹⁴. En criterio del apelante “con su regulación la circular demandada eliminó el descanso o recreo, tanto de

¹² Folio 179 revés Ibidem.

¹³ Folio 181 Eiusdem.

¹⁴ Folios 184-185 Cuaderno I.

los docentes modificando su jornada laboral en 30 minutos, si se tiene en cuenta que se trata de recesos de cinco minutos, para las seis horas de jornada y elemento pedagógico que afecta a los estudiantes en el mismo sentido”¹⁵.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado para alegar de conclusión, solo la parte demandada presentó su escrito de alegaciones¹⁶. En él se pide la confirmación del fallo de primera instancia por cuanto, afirma, al considerar que la circular se ajusta a los lineamientos legales y reglamentarios vigentes en la materia se guarda congruencia tanto con la estructura unitaria del Estado colombiano como con las competencias específicas que en virtud de la descentralización y autonomía de las entidades territoriales se reconoce a los departamentos en materia de educación. Y recalca que la circular demandada “no adiciona, no modifica, ni impone obligaciones por fuera de lo establecido en el Decreto 1850 de 2002; por el contrario, la Secretaría de Educación Departamental, definió en ella los alcances del citado Decreto sobre la jornada laboral de docentes y directores docentes y la jornada escolar de los establecimientos educativos, en cumplimiento de las facultades legales y en especial las conferidas por el Decreto Departamental No. 1761 del 13 de julio de 2009, adicionado por el Decreto Departamental No. 2911 del 3 de noviembre de 2010”¹⁷.

¹⁵ Folio 185 idem.

¹⁶ Folios 19-20 del Cuaderno II.

¹⁷ Folio 20 revés del Cuaderno II.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En esta instancia, la delegada del Ministerio Público guardó silencio.

VII.- DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto *sub lite*, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

1.- Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y con lo previsto en 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo ordenado en el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, la Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

2.- Los actos demandados.

Circular No. 00060 del 3 de febrero de 2012

DE: Secretario de Educación.

PARA: Alcaldes, Secretarios Municipales de Educación, Docentes y Directivos Docentes del sector oficial y comunidad educativa, de los municipios no certificados del Departamento.

ASUNTO: JORNADA LABORAL DOCENTE, CALENDARIO ACADÉMICO, ASIGNACIÓN ACADÉMICA Y JORNADA ESCOLAR EN LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS OFICIALES DE LOS MUNICIPIOS NO CERTIFICADOS DEL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA.

(...)

El tiempo mínimo establecido por el Decreto 1850 de 2002, para la jornada laboral de los docentes y directivos docentes, es de ocho (8) horas diarias.

El tiempo mínimo que dedicarán los docentes al cumplimiento de su asignación académica, es de seis (6) horas efectivas diarias de sesenta (60) minutos cada una dentro del establecimiento educativo, y las restantes que complementan la jornada y que corresponden a actividades curriculares complementarias, podrán ser dentro o fuera del establecimiento, de acuerdo al PEI y a discreción del rector o director.

Las horas efectivas de trabajo con los alumnos, son horas de sesenta (60) minutos cada una, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1850 de 2002, la Directiva Ministerial No. 03 de marzo 26 de 2003 y la Circular No. 18 de octubre 22 de 2008 del Ministerio de Educación Nacional.

(...)

El tiempo diario dedicado por los establecimientos educativos, en los descansos de los alumnos, corresponden (sic) a una actividad currircular complementaria y por tanto no pueden (sic) incluirse dentro de las horas diarias efectivas de clase, de sesenta (60) minutos cada una, que deben recibir los estudiantes.

Las horas efectivas de trabajo con los alumnos, son horas de sesenta (60) minutos cada una, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1850 de 2002, la Directiva Ministerial No. 03 de marzo 26 de 2003 y la Circular No. 18 de octubre 22 de 2008 del Ministerio de Educación Nacional.

Los rectores, y sus directores, deberán fijar en lugar visible del establecimiento educativo, incluidas sus sedes, la presente circular, el calendario académico y la distribución de la asignación académica para cada docente, asignación que incluya las actividades curriculares complementarias y corresponda a la especialidad o área que el docente registra en la planta de cargos de la secretaría de educación departamental.

3.- Problema jurídico.

Corresponde a la Sala determinar si la Circular No. 00060 de 2012 de la Secretaría de Educación Departamental de Antioquia modificó la jornada laboral de los docentes al prever que el tiempo dedicado a los descansos de los alumnos corresponde a una actividad curricular complementaria que no puede ser incluida dentro de las horas efectivas de clase de 60 minutos que deben recibir los estudiantes y que constituye la asignación académica de los docentes. Esto, con el fin de establecer si dicho acto es o no nulo por haber sido expedida sin competencia, tal como lo señala la demanda, o si se trata de un acto es legítimo, como lo afirma la parte demandada.

4.- Análisis del caso.

En orden a resolver el cuestionamiento planteado en el apartado anterior la Sala estima pertinente (4.1) revisar su jurisprudencia sobre el control judicial de las circulares con el fin de determinar si se ajusta o no a las exigencias del nuevo orden procesal administrativo instaurado por la Ley 1437 de 2011 (CPACA); para enseguida (4.2) examinar el contenido de la circular a la luz de lo establecido en la normatividad que rige el régimen de los descansos escolares en aras de determinar si lo establecido en la circular demandada riñe o no con dicha reglamentación. Visto lo anterior deberá procederse a (5) la resolución del caso concreto.

4.1.- El control judicial sobre las circulares. Cambio de jurisprudencia.

En línea con lo previsto por el artículo 84 del CCA, también el artículo 137 del CPACA contempla la posibilidad de utilizar el medio de control de nulidad

para solicitar la anulación de circulares de servicio¹⁸. Pese a esta genérica habilitación legal, (a) de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Corporación se ha pronunciado al respecto en el sentido de delimitar con precisión los supuestos en los cuales procede dicho control, estableciendo una línea consolidada al respecto. No obstante, (b) las reforma al ordenamiento contencioso administrativo realizada por la ley 1437 de 2011 y las notables transformaciones en los modos de decisión y actuación de la Administración en los últimos tiempos persuaden a la Sala de la necesidad de ajustar la interpretación del enunciado que regula el control judicial sobre las circulares o actos que no producen efectos jurídicos a la actual realidad fáctica y jurídica en la que se ejerce este control.

a) La línea jurisprudencial tradicional: la procedencia restringida del control sobre circulares.

¹⁸ **Artículo 137. Nulidad.** Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.
2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.
3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.
4. Cuando la ley lo consagre expresamente.

Parágrafo. Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente (Subrayado fuera de texto).

En relación con el asunto que se debate la jurisprudencia de esta Sala de Decisión tradicionalmente ha puesto de relieve que pese a estar expresamente contemplado por las normas que se han ocupado de regular la materia (artículos 84 CCA y 137 CPACA), la procedencia del medio de control de nulidad frente a las circulares no puede admitirse como una regla general, sino que debe entenderse sujeta a la condición que la circular demandada revista el carácter de acto administrativo, entendido éste como manifestación de voluntad de la Administración dirigida a producir efectos jurídicos, bien sea creando, modificando o extinguiendo una situación jurídica¹⁹. Se ha afirmado así que *“[s]i la circular no tiene la virtud de producir esos efectos jurídicos externos, bien porque permanezca en el interior de los cuadros de la Administración como una orientación para el desarrollo de la actividad administrativa, o bien porque se limite a reproducir la decisión de una autoridad diferente, no se considerará entonces un acto administrativo susceptible de control jurisdiccional, porque en dicha hipótesis no se presenta la posibilidad de que los derechos de los administrados sean vulnerados”*²⁰.

De este modo, y en atención a que en el cumplimiento de sus funciones la Administración también puede expedir actos que por presentar un valor

¹⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 3 de febrero del 2000, Rad. No. 52361. C.P.: Manuel Urueta Ayola; así como, entre otras, las sentencias del 1 de febrero de 2001, Rad. No. 6375. C.P.: Olga Inés Navarrete Barrero; del 19 de marzo de 2009, Rad. No. 11001-03-25-000-2005-00285-00. C.P.: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; del 18 de julio de 2012, Rad. No. 11001-03-24-000-2007-00193-00. C.P.: María Elizabeth García González; del 28 de febrero de 2013, Rad. No. 11001 0324 000 2009 00614 00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala; y del 21 de noviembre de 2013, Rad. No. 11001-03-24-000-2006-00105-00. C.P.: Marco Antonio Velilla.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 3 de febrero del 2000, Rad. No. 5236. C.P.: Manuel Urueta Ayola.

meramente orientativo, instructivo o informativo carecen de efectos jurídicos directos sobre las situaciones jurídicas de los particulares (en tanto no crean, modifican ni extinguen una), se ha entendido que en estos eventos no resulta procedente el control judicial a cargo del contencioso administrativo. De aquí que la viabilidad de un pronunciamiento jurisdiccional sobre un acto de esta clase dependa de si se producen o no efectos jurídicos directos hacia el exterior de la Administración (*ad extra*) y, señaladamente, sobre los derechos de los ciudadanos.

b) Razones para el cambio y sus implicaciones: un control judicial más amplio y acorde con el espíritu del Estado de Derecho.

Pese a la validez de la interpretación tradicional, la Sala estima que a la vista del cambio operado en el orden contencioso administrativo a partir de la entrada en vigor del CPACA y de las visibles transformaciones en los modos de actuación de la Administración, cada vez más proclive al uso de instrumentos blandos o atípicos (desde la perspectiva clásica del acto administrativo), resulta procedente replantearse esta postura. El alcance restrictivo del control judicial a cargo de los jueces de la Administración prohijado por la línea jurisprudencial en cuestión, así como el efecto de crear una suerte de inmunidad jurisdiccional a favor de actos que pese a ser expresión de la función administrativa presentan solo efectos orientativos, instructivos o informativos al interior de la Administración (*ad intra*) o hacia los particulares (*ad extra*), y el hecho de encerrar un desconocimiento de la regla hermenéutica según la cual todos los enunciados jurídicos deben interpretarse de tal forma que produzcan un efecto útil y que esta clase de

interpretaciones debe preferirse sobre aquellas que supongan una redundancia en las disposiciones de la ley, llevan a la Sala al convencimiento de que es preciso replantearse dicha posición y entender que **en virtud de lo previsto por el artículo 137 CPACA toda circular administrativa, cualquiera que sea su contenido, es susceptible de control judicial.**

En efecto, y en relación con el primero de los argumentos expuestos en precedencia, encuentra la Sección que como resultado de la línea jurisprudencial comentada resulta un recorte injustificado del ámbito de control de la justicia administrativa, que desconoce que conforme al artículo 103 del CPACA, en línea con lo previsto por el artículo 89 de la Constitución, “[l]os procesos que se adelantan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley **y la preservación del orden jurídico**” (negritas fuera de texto). Lo anterior, a más que al definir el ámbito de la jurisdicción el artículo 104 del CPACA lo hace en términos más amplios que lo previsto al respecto por el artículo 83 CCA, pues mientras que éste último precepto alude al control contencioso sobre “los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas”²¹, aquél hace referencia a “las controversias y litigios

²¹ **Artículo 83 CCA (modificado por el Decreto 2304 de 1989).**- La jurisdicción de lo contencioso administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este estatuto.

originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”. De modo que al prescindir de la alusión concreta a los actos administrativos para hacer mención al género “actos (...) sujetos al derecho administrativo”, más amplio y omnicomprensivo que la categoría empleada por el legislador anterior, es manifiesta la voluntad del legislador de alargar el radio de cobertura del control a cargo de la justicia administrativa más allá de las simples manifestaciones unilaterales de la Administración capaces de producir efectos jurídicos directos.

Siendo esto así, es claro que el sometimiento de cualquier manifestación de la Administración Pública al control del contencioso no puede depender únicamente de que se afecten situaciones jurídicas particulares. En tanto que garante de la constitucionalidad y legalidad de las decisiones y actuaciones de las autoridades administrativas su control deberá extenderse también a aquellas manifestaciones de la función administrativa que pese a proyectar sus efectos únicamente sobre la órbita interna de la Administración o limitarse a informar o a instar a los particulares a una determinada conducta deben también someterse plenamente a la Constitución y la ley. Aun cuando ello constituye una parte esencial de su cometido, el papel del contencioso administrativo no se limita exclusivamente a la tutela de los derechos individuales de los particulares. Al envolver un aspecto determinante para la realización de los principios y valores establecidos por la Constitución, así como para el cabal desarrollo y garantía de los derechos colectivos, sociales e individuales reconocidos por la Carta, la guarda de la

integridad del orden jurídico es también una misión irrenunciable a cargo de la jurisdicción (artículos 2 y 89 de la Constitución y 103 del CPACA).

Desconocer este aspecto puede llevar a que, como se destaca en el segundo argumento expuesto con anterioridad, se acaben por configurar inmunidades de ciertas manifestaciones de la función administrativa frente al poder jurisdiccional; resultado que en este evento, por injustificado (no ocurre así, p. ej. con el control sobre los actos administrativos de trámite o de ejecución por las razones largamente expuestas por la jurisprudencia²²), resulta anómalo y contrario al espíritu del Estado de Derecho. No puede olvidarse que éste, como ha sido señalado por la Corte Constitucional, es ante todo “una técnica de organización política que persigue, como objetivo inmediato, la sujeción de los órganos del poder a la norma jurídica”²³ y “se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado”²⁴. De aquí que las autoridades deban obrar siempre con apego a lo establecido por la Constitución, las leyes y los reglamentos, conforme a lo previsto para los servidores públicos por los artículos 122 y 123 de la Carta; y que sea función del contencioso administrativo velar por el apego de las decisiones y actuaciones de las autoridades a dicho principio y tomar las determinaciones que sean del caso (anulatorias, reparatorias, restitutorias, etc.) allí donde se evidencie su vulneración. De carecer de una

²² Sobre las razones por las cuales no es procedente el control judicial frente a los actos de trámite, véase, de esta Sala de Decisión, con una completa reconstrucción de la línea jurisprudencial sobre la materia, la sentencia del 3 de julio de 2014, Rad. No. 05001 23 31 000 2000 02324 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala. Sobre la improcedencia del control de los actos de ejecución, véase, también de esta Sala de Decisión, la sentencia del 29 de agosto de 2013, Rad. No. Expediente 11001032600020050003800. C.P.: María Claudia Rojas Lasso.

²³ Sentencia C-179 de 1994.

²⁴ Sentencia C-832 de 2001.

justificación adecuada, el reconocimiento de inmunidades jurisdiccionales resulta incompatible con el ideal del sometimiento pleno de las autoridades al Derecho ínsito en la proclamación del principio Estado de Derecho por el artículo 1º de la Constitución.

Por último, tampoco puede la Sala dejar de lado la consideración de la regla hermenéutica del efecto útil, en virtud de la cual entre dos interpretaciones posibles de un enunciado normativo deberá preferirse siempre aquella que imprima plena efectividad a todas las disposiciones de la ley, en lugar de la lectura que termina por dar un sentido parcial, redundante o superfluo a sus previsiones. Esto, por cuanto observa la Sala que pese a que el artículo 137 CPACA contempla *expressis verbis* la procedencia del contencioso objetivo para demandar la anulación de cualquier acto administrativo de carácter general, además de “la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro”²⁵, la interpretación hasta ahora prohijada priva de efectos la referencia expresa a “las circulares de servicio”, por cuanto condiciona su control a que se trate de decisiones que creen, modifiquen o extingan situaciones jurídicas, es decir, que tengan la condición de actos administrativos. Por ende, esta lectura del dispositivo normativo, en la práctica, deja sin efectos la previsión del párrafo 3º del artículo 137 CPACA, ya que termina por homologarla a la habilitación para ejercer el control sobre

²⁵ **Artículo 137. Nulidad.** Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro (...). (Subrayado fuera de texto)

los actos administrativos de carácter general, conforme ocurre de manera ordinaria con este medio de control en virtud de lo dispuesto por el párrafo 1º de esta norma. Curiosamente, no ocurre así con la segunda parte de dicho precepto, relativo con la anulabilidad de los actos de certificación y de registro, en relación con los cuales no ha habido controversia ni restricciones respecto de su controlabilidad por el contencioso administrativo²⁶.

En consecuencia, en aras de una más efectiva garantía del principio de Estado de Derecho y de una mayor materialización del propósito perseguido por el legislador al definir la efectividad de los derechos y la preservación del orden jurídico como objeto de la jurisdicción (artículo 103 CPACA) y a los “actos (...) sujetos al derecho administrativo” como parte del ámbito de sus competencias (artículo 104 CPACA), y en virtud de la interpretación literal y sistemática de lo previsto por el párrafo 3º del artículo 137 CPACA y de las consideraciones antes expuestas sobre la predilección de la hermenéutica que promueva el efecto útil de las disposiciones normativas que controlan el ámbito de actuación del contencioso administrativo, entiende la Sala que **toda clase de circulares, con independencia de su objeto, por ser expresión del ejercicio de la función administrativa a cargo de las autoridades que la expiden, se encuentra sujeta al control de los jueces de la Administración.**

²⁶ Aunque también, curiosamente, por considerarlos (de forma cuando menos discutible) actos administrativos. Cfr., p. ej., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 7 de octubre de 2010, Rad. No. 11001-03-24-000-2004-00300-01. C.P.: Rafael Ostau de Lafont Pianeta.

En criterio de la Sala esta postura responde a los requerimientos que el principio de Estado de Derecho eleva a la jurisdicción contenciosa en la realidad administrativa actual y consulta mejor que la línea jurisprudencial anterior los propósitos de la reforma legal de 2011, en tanto **viabiliza un verdadero ensanchamiento del ámbito del control judicial de las actuaciones de la Administración**, ya no **controlables** solo en tanto que actos administrativos, sino **en cuanto manifestaciones de la función administrativa**. El hecho de carecer las circulares de efectos jurídicos directos por no crear, modificar ni extinguir situaciones jurídicas determinadas en nada impide su control judicial, no solo por ser éste un dato indiferente a la luz de los principios de supremacía constitucional (artículo 4 de la Constitución) y de legalidad (artículos 6, 121, 122 y 123 *Ibidem*) que rigen por igual las distintas expresiones de la función administrativa y que a veces del artículo 103 del CPACA sirven de motores que impulsan la actividad del contencioso (junto con la protección de los derechos), sino también –y especialmente- a la luz de las nuevas circunstancias en las que opera la Administración en la actualidad.

En efecto, el hecho de actuar ésta en cada vez más oportunidades por medios que no pueden encuadrarse dentro de los denominados actos de poder, comando y control (*command and control*) o Derecho Duro (*hard law*) obligan a tomar en consideración el nuevo contexto en el que se desenvuelve la función administrativa. La proliferación contemporánea de actuaciones administrativas desprovistas del elemento de unilateralidad, coercibilidad o de jerarquía propio de los actos administrativos a favor de actuaciones de tipo más horizontal o dialógicas, en las que se negocia,

colabora, promueve o informa sobre un determinado asunto (*soft law*), exigen de la jurisdicción contencioso administrativa una reflexión sobre la validez de preservar un modelo que, como el basado en la actuación por acto administrativo, hoy no es ya exclusivo en el panorama jurídico de la Administración²⁷. Surge así el desafío de replantearse aspectos relacionados con el objeto o la órbita de competencias del juez administrativo, de modo que se haga posible **expandir el radio de acción del control judicial de forma paralela al ensanchamiento experimentado por las actuaciones de la Administración**, hoy mucho más ricas y diversas que la clásica resolución de una materia mediante acto administrativo.

En un verdadero Estado de Derecho, en aras de asegurar tanto la vigencia plena de los referidos principios de constitucionalidad y legalidad como la mayor efectividad del derecho a la tutela judicial, estas nuevas formas de actuación de la Administración no pueden quedar fuera del alcance del contencioso administrativo.

Así, con independencia de que por su contenido orientativo, instructivo o puramente informativo las circulares no afecten de manera directa los derechos o intereses particulares de las personas, su calidad de expresión de la función administrativa y su no poca capacidad de incidencia sobre las decisiones y actuaciones materiales de la Administración (ellas sí

²⁷ BARNES VÁZQUEZ, Javier. "Las transformaciones del derecho administrativo contemporáneo: algunas consecuencias sobre el control judicial de la acción administrativa", en *100 años de la jurisdicción de lo contencioso administrativo: justificación, retos y aporte al Derecho Administrativo. XIV Jornadas de Derecho Administrativo* (Edit. Alberto Montaña Planta y Andrés Ospina Garzón), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 67 y ss.

plenamente oponibles y ejecutables en el ámbito de los particulares) justifican su sometimiento al control de esta jurisdicción. En últimas son un mecanismo dispuesto por el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de los fines que la Constitución y la ley han encomendado a las autoridades administrativas y en cuanto tal su conformidad con éstas ha de ser total.

Para la Sección Primera del Consejo de Estado el contencioso administrativo no puede dar la espalda a las nuevas realidades en que opera la Administración (de escenarios complejos e inciertos, que formulan una permanente necesidad de colaboración tanto inter e intra-administrativa como con el sector privado) ni a las nuevas lógicas que rigen parte de sus actuaciones (más promocional y cooperativa que coercitiva y unilateral). De aquí que sea natural ajustar sus posturas a la pluralidad de modelos regulativos adaptados hoy por las autoridades administrativas como forma de responder a los desafíos que plantea esta notable transformación en el obrar del sujeto de control. En consecuencia, y aun cuando ello suponga llevar el escrutinio judicial fuera de su escenario tradicional de fiscalización de actos administrativos –y justamente por eso o con esa finalidad-, una posición que pudo ser funcional y pacífica durante muchos años puede ser revaluada ante la evidencia del creciente recurso de las autoridades a estas formas de decisión y de los riesgos que su exclusión del control genera para el Estado de Derecho. Máxime cuando la propia legislación contencioso administrativa parece ser consciente de esta realidad y en los artículos 103 y 104 el CPACA ensancha deliberadamente el objeto de la jurisdicción.

Fruto de lo anterior, la Sala revocará lo resuelto por la sentencia de primera instancia, en tanto que declaró fundada la excepción de ausencia de acto susceptible de control. Por lo tanto, en aras de determinar si las pretensiones de la demanda tienen o no vocación de prosperidad, se impone valorar la conformidad con la normatividad superior de lo previsto en la circular demandada respecto a la calificación del recreo como una actividad curricular complementaria, que no puede incluirse dentro de las horas diarias efectivas de clase de sesenta (60) minutos que deben recibir los estudiantes. Solo así se puede determinar si con su expedición se produjo o no alguna modificación del ordenamiento jurídico, como presupuesto para entrar a valorar si la Secretaría de Educación de Antioquia actuó o no sin competencia.

4.2.- Valoración del acto demandado a la luz de las normas superiores sobre la jornada docente.

Determinar si la Circular No. 00060 de 2012 de la Secretaría Departamental de Educación de Antioquia produce o no una modificación del régimen jurídico de la jornada docente exige examinar tanto su contenido como las reglas vigentes en esta materia. En opinión de la parte demandante, por señalar que el tiempo dedicado al descanso o recreo de los estudiantes constituye una actividad curricular complementaria que no puede incluirse dentro de las horas diarias efectivas de clase que deben recibir los estudiantes, la Circular modifica las reglas vigentes hasta su expedición en materia de jornada docente. Para la parte demandada, en cambio, ella no crea ni modifica ninguna situación jurídica respecto de éstos, pues tan solo

se limita a impartir una instrucción que únicamente reproduce y explica lo prescrito por el Decreto 1850 de 2002.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1 del Decreto 1850 de 2002, la jornada escolar es “el tiempo diario que dedica el establecimiento educativo a sus estudiantes en la prestación directa del servicio público educativo, de conformidad con las normas vigentes sobre calendario académico y con el plan de estudios”.

Según lo dispuesto por el artículo 2 de este Decreto, el horario de la jornada escolar será definido por el rector o director al comienzo de cada año lectivo, de conformidad con las normas vigentes, y debe permitir a los estudiantes el cumplimiento de las intensidades horarias mínimas semanales y anuales previstas (25 horas a la semana y 1000 al año para la educación básica primaria y 30 semanales y 1200 al año para la educación básica secundaria y media), de actividades pedagógicas relacionadas con las áreas obligatorias y fundamentales y con las asignaturas optativas, para cada uno de los grados de la educación básica y media, las cuales se contabilizarán en horas efectivas de sesenta (60) minutos.

En relación con la asignación académica y la jornada laboral de los docentes el Decreto 1850 de 2002²⁸ prescribe lo siguiente:

²⁸ “Por el cual se reglamenta la organización de la jornada escolar y la jornada laboral de directivos docentes y docentes de los establecimientos educativos estatales de educación formal, administrados por los departamentos, distritos y municipios certificados, y se dictan otras disposiciones”.

Artículo 5º. Asignación académica. Es el tiempo que, distribuido en períodos de clase, dedica el docente a la atención directa de sus estudiantes en actividades pedagógicas correspondientes a las áreas obligatorias y fundamentales y a las asignaturas optativas, de conformidad con el plan de estudios.

La asignación académica de los docentes de preescolar y de educación básica primaria será igual a la jornada escolar de la institución educativa para los estudiantes de preescolar y de educación básica primaria, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2 del presente Decreto.

Parágrafo. El tiempo total de la asignación académica semanal de cada docente de educación básica secundaria y educación media, será de veintidós (22) horas efectivas de sesenta (60) minutos, las cuales serán distribuidas por el rector o director en períodos de clase de acuerdo con el plan de estudios. Esta asignación rige a partir del 1º de septiembre de 2002, en todo caso, los establecimientos educativos de calendario A deberán culminar el proceso de asignaciones a que se refiere esta disposición el 1º de enero de 2003.

(...)

Artículo 9º. Jornada laboral de los docentes. Es el tiempo que dedican los docentes al cumplimiento de la asignación académica; a la ejecución de actividades curriculares complementarias tales como la administración del proceso educativo; la preparación de su tarea académica; la evaluación, la calificación, planeación, disciplina y formación de los alumnos; las reuniones de profesores generales o por área; la dirección de grupo y servicio de orientación estudiantil; la atención de la comunidad, en especial de los padres de familia; las actividades formativas, culturales y deportivas contempladas en el proyecto educativo institucional; la realización de otras actividades vinculadas con organismos o instituciones del sector que incidan directa e indirectamente en la educación; actividades de investigación y actualización pedagógica relacionadas con el proyecto educativo institucional; y actividades de planeación y evaluación institucional.

(...)

Artículo 11. Cumplimiento de la jornada laboral. Los directivos docentes y los docentes de los establecimientos educativos estatales deberán dedicar todo el tiempo de su jornada laboral al desarrollo de las funciones propias de sus cargos con una dedicación mínima de ocho (8) horas diarias.

El tiempo que dedicarán los docentes al cumplimiento de su asignación académica y a la ejecución de actividades curriculares complementarias en el establecimiento educativo será como mínimo de seis (6) horas diarias, las cuales serán distribuidas por el rector o director de acuerdo con lo establecido en el artículo 7º del presente decreto. Para completar el tiempo restante de la jornada laboral, los docentes realizarán fuera o dentro de la institución educativa actividades propias

de su cargo, indicadas en el artículo 9 del presente Decreto como actividades curriculares complementarias. (subrayado fuera de texto)

Como se puede observar en la normatividad transcrita, la jornada laboral de los docentes comprende tanto el tiempo dedicado por cada docente al cumplimiento de la asignación académica, entendida ésta como la carga que debe asumirse en la atención directa de sus estudiantes en actividades pedagógicas correspondientes a las áreas obligatorias y fundamentales y a las asignaturas optativas; como a la ejecución de actividades curriculares complementarias tales como la administración del proceso educativo; la preparación de su tarea académica; la evaluación, la calificación, planeación, disciplina y formación de los alumnos; las reuniones de profesores generales o por área; la dirección de grupo y servicio de orientación estudiantil; la atención de la comunidad, en especial de los padres de familia; las actividades formativas, culturales y deportivas contempladas en el proyecto educativo institucional; la realización de otras actividades vinculadas con organismos o instituciones del sector que incidan directa e indirectamente en la educación; actividades de investigación y actualización pedagógica relacionadas con el proyecto educativo institucional; y actividades de planeación y evaluación institucional.

En este orden de ideas, el análisis de la reglamentación de la materia permite evidenciar que el Decreto 1850 de 2002:

- (i) Establece una jornada laboral de los docentes de 8 horas diarias.

- (ii) Dispone que esta jornada abarca tanto el cumplimiento de la asignación académica como el desarrollo de actividades curriculares complementarias.
- (iii) Regula la materia de tal forma que bajo el concepto de asignación académica alude a la intensidad horaria para atender las áreas obligatorias y optativas, y prevé que se debe exigir el cumplimiento de horas efectivas de sesenta (60) minutos, que sumadas den 22 horas semanales (en instituciones de educación secundaria y media);
- (iv) En el caso de las denominadas actividades curriculares complementarias, dada la amplitud e indeterminación con que se reglamentan, éstas engloban actividades de distinto alcance, pueden tener lugar dentro o fuera de la institución educativa, y en general se relacionan con la realización de las acciones indispensables para el cumplimiento de los objetivos del PEI fuera de la impartición de las horas de clase asignadas a cada docente.

A la luz de esta regulación, es claro que cuando la circular demandada dispone, primero, que el tiempo diario dedicado por los establecimientos educativos en los descansos de los alumnos corresponde a una actividad curricular complementaria, y segundo, que por lo tanto no puede incluirse dentro de las horas diarias efectivas de clase de sesenta (60) minutos que deben recibir los estudiantes, **no hace nada distinto a reiterar, explicar e informar a la comunidad educativa antioqueña lo dispuesto en el referido Decreto de alcance nacional.** Esto, por cuanto es dicha normatividad en su artículo 5º la que define en sentido preciso lo que se

entiende por asignación académica, restringiendo este concepto al tiempo que dedica el docente a la atención directa de sus estudiantes en las horas de clase correspondientes a las áreas obligatorias y fundamentales y a las asignaturas optativas. Y es también este reglamento el que, al definir de manera amplia y no taxativa el concepto de actividad curricular complementaria, permite dar dicha calificación al tiempo destinado al recreo o descanso de los estudiantes. **Y si de la reglamentación del Decreto se infiere que los recreos forman parte de la actividad curricular complementaria, es lógico que no puede tener la naturaleza de asignación académica.**

En este sentido se debe resaltar que, a propósito de los recreos o descansos, la Directiva Ministerial No. 003 de 2003, por medio de la cual se impartieron orientaciones para la aplicación del Decreto 1850 de 2002, dispuso que el tiempo dedicado a ellos “está incluido en las seis (6) horas diarias que como mínimo, debe permanecer el docente en el establecimiento y no está incluido en el número de horas de asignación académica”²⁹.

En este orden, es visible que la interpretación y explicación que del Decreto en comento realiza el Secretario de Educación de Antioquia en la circular demandada en lo que tiene que ver con la calificación de los recreos como actividades curriculares complementarias que no pueden ser tenidas en cuenta para efectos del cumplimiento de las horas efectivas de clase que corresponden a cada docente, en nada riñe ni se aparta de lo previsto por la

²⁹ Folio 60 del Cuaderno I.

reglamentación vigente en la materia. Por ende, no asiste duda a la Sala de que en este aspecto particular, la circular demandada se sujeta completamente a lo establecido por el Decreto 1850 de 2002.

Lo anterior permite concluir que al no haber innovación alguna del ordenamiento jurídico en relación con el punto examinado, el cargo de falta de competencia planteado por la parte demandante carece de fundamento. Esto, toda vez que para la Sala es claro que en virtud de sus competencias legales a la Secretaría de Educación de Antioquia le asisten sobradas facultades para instruir a las instituciones educativas del Departamento sobre el sentido que se debe dar a las reglas del Decreto 1850 de 2002. Por ende, nada hay de irregular en que por medio de la circular expedida se califique los descansos de los estudiantes como una actividad currricular complementaria y se indique que estos tiempos no pueden incluirse dentro de las horas diarias efectivas de clase de sesenta (60) minutos que deben recibir los estudiantes expedir una circular como la demandada.

En efecto, de conformidad con el artículo 151 de la Ley 115 de 1994:

Artículo 151º.- *Funciones de las Secretarías Departamentales y Distritales de Educación. Las secretarías de educación departamentales y distritales o los organismos que hagan sus veces, ejercerán, dentro del territorio de su jurisdicción, en coordinación con las autoridades nacionales y de conformidad con las políticas y metas fijadas para el servicio educativo, las siguientes funciones:*

a. Velar por la calidad y cobertura de la educación en su respectivo territorio;

(...)

c. Organizar el servicio educativo estatal de acuerdo con las prescripciones legales y reglamentarias sobre la materia y supervisar el servicio educativo prestado por entidades oficiales y particulares;

Además de lo anterior, en virtud de lo dispuesto por el artículo 6º de la Ley 715 de 2001, en el sector de educación le corresponde al Departamento, como competencia general, “[a]dministrar y responder por el funcionamiento, oportunidad y calidad de la información educativa departamental” (artículo 6.1.2). Del mismo modo le corresponde como competencia especial en relación con los municipios no certificados: “[d]irigir, planificar, y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica, media en sus distintas modalidades, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad, en los términos definidos en la presente ley” (artículo 6.2.1).

5.- Resolución del caso concreto.

De acuerdo con los razonamientos anteriores, la Sección Primera del Consejo de Estado deberá revocar la sentencia impugnada, para en su lugar desestimar lo pedido en la demanda. Al tratarse de un acto susceptible de control, conforme se explicó líneas atrás, no hay lugar a declarar la excepción de ausencia de acto sujeto al control de legalidad decretada por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el fallo del 6 de noviembre de 2013. No obstante, el hecho de carecer de fundamento el cargo de falta de competencia planteado obliga a denegar las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Rad. Núm.: 05001 23 33 000 2012 00533 01

Actor: ADIDA

Nulidad

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 6 de noviembre de 2013 dictada por la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquía, que declaró la excepción de ausencia de acto sujeto al control de legalidad, y en su lugar **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: En firme esta providencia archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

GUILLERMO VARGAS AYALA
Presiente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Ausente en comisión



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

Rad. Núm.: 05001 23 33 000 **2012 00533 01**

Actor: ADIDA
Nulidad