

PERSONERO MUNICIPAL – Competencia / COMPETENCIA DE PERSONERO MUNICIPAL – Asignación de funciones a un empleo y declarar una excepción de inconstitucionalidad / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Antecedente jurisprudencial / EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD – No puede ser ejercida por el personero municipal

[L]a excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción tiene su fundamento en el artículo 4.º de la Constitución Política, según el cual «La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...)» y consiste en la posibilidad que tiene cualquier autoridad de inaplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución. Así mismo, partiendo de la premisa de que cualquier autoridad debe dar aplicación prevalente a las normas constitucionales sobre cualesquiera otras que resulten contrarias a ellas, de igual manera puede y debe inaplicar disposiciones contenidas en actos administrativos de cualquier índole, cuando contradicen a aquellas otras que les son superiores jerárquicamente. (...) En esta sentencia, la Corte dejó en claro que el nuestro es un sistema de control de constitucionalidad calificado doctrinalmente como «mixto», ya que combina un control concentrado, ejercido por la Corte Constitucional, y difuso, en el que cualquier autoridad puede dejar de aplicar la disposición, por ser contraria a la Constitución. Incluso se ha dicho que constituye, más que un deber, una obligación de la autoridad correspondiente hacer uso de esta figura cuando así lo evidencie, como se dijo en la sentencia T-808 de 2007. (...) No cabe duda, como bien lo señaló el citado fallo C-122 de 2011, de la preeminencia de la jurisdicción constitucional sobre las decisiones particulares y concretas que se adoptan a través de la excepción de constitucionalidad, teniendo en cuenta que la decisión última sobre el control de constitucionalidad de las leyes en Colombia la tiene la Corte Constitucional; de manera que todas las excepciones de constitucionalidad que aplique la autoridad –judicial o administrativa- pueden ser acogidas o no por el máximo tribunal constitucional, porque «no configuran un precedente vinculante y tiene preeminencia sobre los fallos particulares que se hayan dado por vía de excepción». Lo anterior, teniendo en cuenta que el control de constitucionalidad tiene efectos *erga omnes*, se realiza de forma general y abstracta, hace tránsito a cosa juzgada, y determina en forma definitiva la continuidad o no de la norma dentro del sistema jurídico. (...) [B]ien puede la autoridad ejercer esta facultad, pero siempre y cuando sea para proteger derechos fundamentales que se vean en riesgo, en un caso concreto y con efecto *inter partes*, cuestión que no ocurrió en el *sub judice*, pues el personero no se encontraba frente a una situación en particular, ya que simplemente procedió a inaplicar en forma general un artículo de un acuerdo expedido por el Concejo Municipal. En efecto, en la práctica lo que hizo el personero municipal fue usurpar la función de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que es la encargada de ejercer control sobre los actos administrativos de las autoridades municipales. Puede ser entendible, que no admisible jurídicamente, la aseveración que hace el recurrente en el sentido de indicar que pese a que no se hace referencia a un caso concreto, es viable efectuar la inaplicación en general para no tener que hacerlo cada vez que el personero auxiliar lleve a cabo un proceso disciplinario; sin embargo, eso es precisamente lo que diferencia el control de constitucionalidad por vía de excepción al ejercido por la Corte Constitucional, quien es la que decide, en forma definitiva, y de manera abstracta, general y con efectos *erga omnes* si una norma es o no constitucional.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150 NUMERAL 2 /

CONSEJO MUNICIPAL – Competencia para establecer funciones de empleos de la personería municipal / PERSONERO MUNICIPAL – No puede realizar el control de una excepción de inconstitucionalidad / JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA – Ejerce control sobre los actos administrativos de las autoridades municipales / PERSONERO MUNICIPAL – Ejerce función que no es propia

[E]s del caso precisar que el artículo 32 de la Ley 136 de 1994 establece en su numeral 9.º que es función de los concejos la de «Organizar la Personería y la Contraloría y dictar las normas necesarias para su funcionamiento», por lo que bien podía el Concejo de Floridablanca ajustar el manual de funciones y competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la personería. Por lo anterior, no le era dable al personero municipal, por medio del artículo 2.º del Decreto 001 de 2006 «señalar» funciones al personero auxiliar diferentes a las establecidas en el manual de funciones que ajustó el órgano competente para ello, que es el Concejo Municipal. Lo anterior no es óbice para que de conformidad con las disposiciones consagradas en la Ley 489 de 1998, respecto a la figura de la delegación, el personero municipal, en aras de dar efectividad al artículo 75 del CDU y cuando según la estructura de cada personería lo permita, pueda «delegar», que no «señalar», en otros empleos, funciones que de conformidad con el manual respectivo tiene asignada; pero el artículo 2.º del Decreto 001 de 2006 demandado, está lejos de encajar en lo que es un acto de delegación conforme lo establece el artículo 9.º de la citada ley 489. El personero municipal, al expedir los actos demandados, desconoció los postulados constitucionales citados en párrafos precedentes, pues terminó por ejercer una función que no le era propia, cual era la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma con efectos *erga omnes*; así mismo, desconoció la normativa consagrada en el artículo 32, numeral 9.º de la Ley 136 de 1994, por cuanto la facultad para establecer funciones en las personerías, sí recaía en el Concejo Municipal.

FUENTE FORMAL: LEY 136 DE 1994 – ARTICULO 32 / LEY 489 DE 1998

NORMA DEMANDADA: DECRETO 01 DE 2006 (4 de abril) PERSONERO MUNICIPAL DE FLORIDABLANCA (SANTANDER) – ARTICULO 1 (ANULADO) / DECRETO 01 DE 2006 (4 de abril) PERSONERO MUNICIPAL DE FLORIDABLANCA (SANTANDER) – ARTICULO 2 (ANULADO) / DECRETO 02 DE 2006 (10 de abril) PERSONERO MUNICIPAL DE FLORIDABLANCA (SANTANDER) – ARTICULO 1 (ANULADO) /

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 68001-23-31-000-2006-02724-01(0296-13)

Actor: FELIX MARINO JAIMES CABALLERO

Demandado: PERSONERÍA MUNICIPAL DE FLORIDABLANCA (SANTANDER)

ACCION DE NULIDAD

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Carlos Arturo Rojas, quien interviene como coadyuvante de la parte demandada, contra la sentencia de 30 de marzo de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

1.1.1 Pretensiones

Mediante el ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el ciudadano Félix Jaimes Caballero solicita la nulidad de los artículos 1.º y 2.º del Decreto 01 de 4 de abril de 2006 expedidos por la Personería Municipal del Floridablanca (Santander) «Por medio del cual se señalan funciones especiales a un empleo y se declara una excepción de inconstitucionalidad».

Las disposiciones acusadas del decreto que se demanda, establecieron lo siguiente:

Artículo primero: Inaplicar el artículo 1º, numeral 2º del Acuerdo número 006 de marzo 21 de 2006, expedido por el Concejo Municipal de Floridablanca (S), en cuanto atribuye competencias al Personero Municipal y al Procurador Departamental (sic) en materia disciplinaria, por ser incompatible con el artículo 150-2 de la Constitución Política.

Artículo segundo: Señalar como funciones especiales del empleo denominado PERSONERO AUXILIAR, Nivel Directivo, Código 017 Grado 19 de este órgano de Control las siguientes:

1. Iniciar, adelantar y fallar la primera instancia de los procesos disciplinarios que por razón de competencia conozca esta Personería Municipal, conforme a los

procedimientos señalados en la Ley.

2. Comisionar para practicar pruebas a funcionarios de igual o menor jerarquía de la Personería Municipal de Floridablanca (S).

De igual manera pide anular el artículo único del Decreto 002 de 10 de abril de 2006 expedido también por el Personero Municipal de Floridablanca (Santander) «Por medio del cual se complementa el artículo primero del Decreto 001 de 2006 (abril 04)» el cual quedó así:

Decreto 001 de 2006. Artículo Primero: Inaplicar el artículo 1° numeral 2° del Acuerdo número 006 de marzo 21 de 2006, expedido por el Concejo Municipal de Floridablanca (S), en cuanto atribuye competencias al Personero Municipal y al Procurador Departamental (sic) en materia disciplinaria, reformando las disposiciones contenidas en el Código Único Disciplinario (ley 734 de 2002) por ser manifiestamente incompatible con el artículo 150 -2 de la Constitución Política. (lo subrayado es el complemento)

1.1.2. Hechos.

Como hechos que le sirven de fundamento a la causa pretendida expone los siguientes:

El Personero Municipal de la época presentó un proyecto de Acuerdo ante el Concejo del Municipio de Floridablanca relacionado con el manual de funciones y requisitos de la personería, con el ánimo de adaptarlo a la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, e incluyó dentro de las funciones del personero auxiliar la de «iniciar, adelantar y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que por razón de su competencia conozca esta personería municipal, conforme a los procedimientos señalados en la Ley».

El Concejo Municipal, por encontrar que no estaba conforme a la ley, suprimió del proyecto de acuerdo la asignación de esta función al personero auxiliar y procedió a expedir el Acuerdo 006 de 21 de marzo de 2006, mediante el cual estableció las funciones y requisitos de los empleados de la Personería Municipal de Floridablanca, asignándole la función anteriormente citada al personero municipal y no al auxiliar, como estaba en el proyecto inicial.

Pese a ello, el señor personero municipal de Floridablanca profirió los decretos acusados, mediante los cuales inaplicó el artículo 1.º, numeral 2.º del citado

Acuerdo 006, por considerar inconstitucional la atribución de competencias conferidas al personero municipal y al procurador departamental en materia disciplinaria y en consecuencia volvió a su idea original en el sentido de establecer como funciones especiales del personero auxiliar las de iniciar, adelantar y fallar la primera instancia de los procesos disciplinarios que por razón de su competencia conoce la Personería Municipal.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación.

Estima como vulnerados los artículos 4.º, 6.º, 113 inciso 2o, 121, 122, 214, 215 y 241 de la Constitución Política; y 32 numeral 9.º 168, 178 y 181 de la Ley 136 de 1994.

Al momento de desarrollar el concepto de violación, el demandante fracciona las causales de nulidad que afectan los artículos acusados del Decreto 001 de 2006, así:

Respecto del artículo 1.º, estima que está viciado de nulidad por falta de competencia del funcionario que expide el acto, en cuanto el personero municipal sólo tiene la facultad constitucional de proferir actos administrativos en razón de su función disciplinaria, nominadora y como ordenador del gasto, pero no para expedir un acto como el acusado, que, por un lado, denominó como «decreto» cuando estos están reservados solo a la rama ejecutiva, y, por otro, está dirigido a inaplicar un acuerdo del Concejo Municipal, que concomitantemente señala e impone nuevas funciones a un empleo de su dependencia, lo cual le está vedado, ya que de conformidad con el artículo 181 de la Ley 136 de 1994, el personero únicamente tiene «la facultad nominadora del personal de su oficina, la función disciplinaria, la facultad de ordenador del gasto asignados a la personería y la iniciativa en la creación, supresión y fusión de los empleos bajo su dependencia, señalarles funciones especiales y fijarles emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes...».

La otra causal de nulidad que le atribuye al artículo 1.º es la violación de normas de rango superior, en cuanto aplica indebidamente la excepción de inconstitucionalidad ya que no la utilizó para la solución de un caso particular sino que la extendió de manera general afectando lo sustancial de la norma y en la

práctica dejándola por fuera del mundo jurídico, lo que conlleva a arrogarse indebidamente funciones que están en cabeza de la Corte Constitucional según lo establecido en los artículos 214 y 215 Superior.

En relación con el artículo 2.º del citado decreto 001, considera que vulnera los artículos 178 y 181 de la Ley 136 de 1994, en cuanto la función disciplinaria -que es de carácter especial-, fue asignada directamente al personero municipal, sin que pudiera delegarla en el personero auxiliar ni mucho menos transferirla, porque ello significaría que dicha responsabilidad quedara en cabeza de un funcionario que legalmente no tiene la competencia para fallar los procesos disciplinarios en primera instancia.

Así mismo arguye que la verdadera interpretación que se debe dar al artículo 75 de la Ley 734 de 2002, norma que dice que el personero municipal siempre será la segunda instancia, es que está referida a los procesos que adelantan la oficinas de control interno disciplinario de la personería, no a los procesos disciplinarios externos de que trata el numeral 4.º del artículo 178 de la Ley 136 de 1994.

Finalmente estima que el personero municipal no tenía la competencia para señalar y asignar funciones especiales a su personero auxiliar, por cuanto ella radica en el Concejo Municipal, según lo dispone el numeral 9.º del artículo 32 de la citada ley 136. Considera además, que de prosperar la pretensión de nulidad del Decreto 001 de 2006, la consecuencia lógica de ello es la sustracción de materia del artículo único del Decreto 002 de 2006.

1.2. La contestación de la demanda

1.2.1. El apoderado de la Personería Municipal de Floridablanca, al momento de ejercer su derecho de defensa, consideró que el demandante genera una confusión conceptual sobre diferentes tópicos ya decantados en el derecho administrativo y desconoce la evolución legal sobre competencia externa disciplinaria de los diferentes entes de control en esta materia, como son la Procuraduría General de la Nación y las personerías distritales y municipales.

Adicional a lo anterior, esgrime que el control constitucional de una disposición en Colombia se puede efectuar bien a través de la acción pública de inconstitucionalidad o bien por vía de excepción; que esta última no se plantea

ante la Corte Constitucional, sino que habilita a las autoridades judiciales y administrativas para la inaplicación de la norma.

1.2.2. Por su parte, la apoderada del municipio de Floridablanca, luego de hacer el recuento cronológico seguido para la expedición de los actos acusados, estimó que conforme al artículo 75 de la Ley 734 de 2002 la competencia de los procuradores regionales es residual, puesto que cuando la estructura orgánica de las personerías municipales o distritales lo permite, se organizan de tal forma que pueden cumplir con el principio de la doble instancia, tal como dice acontecer con la personería de Floridablanca que cuenta en su estructura con el personero auxiliar y personeros delegados.

Justificó el actuar del personero municipal en cuanto inaplicó el artículo 1.º del Acuerdo 006 de 2006 expedido por el Concejo Municipal de Floridablanca, por cuanto contravino el artículo 150, numeral 2.º de la Constitución Política ya que de manera directa estaba modificando la Ley 734 de 2002, competencia que radica única y exclusivamente en el órgano legislativo colombiano.

1.3. La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Santander declaró la nulidad de los decretos demandados.

En primer término, reconoció al tercero coadyuvante señor Carlos Arturo Rojas, quien se hizo parte dentro del término consagrado en el artículo 146 del Código Contencioso Administrativo.

En segundo término, y previo abordar el caso concreto, indicó que la disposición que inaplica el artículo 1.º del Decreto 001 de 2006, esto es, el artículo 1.º, numeral 2.º del Acuerdo 006 de 2006 fue anulado parcialmente por el mismo Tribunal mediante sentencia de 6 de noviembre de 2008, en el aparte que disponía que «(...) las apelaciones contra las decisiones del personero en ejercicio de la función disciplinaria, serán competencia de los procuradores departamentales.»

En tercer término, sobre el fondo del asunto, precisó lo siguiente:

El examen del presente caso está dirigido a establecer únicamente la legalidad de la función asignada al personero municipal de Floridablanca de «iniciar, adelantar y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que por razón de competencia conozca la personería, conforme a los procedimientos señalados en la Ley.».

De cara a lo anterior, si bien es cierto que el artículo 181 de la Ley 136 de 1994 consagra que es iniciativa de los personeros municipales la de crear, suprimir y fusionar los empleos bajo su dependencia, así como señalarles funciones especiales, y que el artículo 75 de la Ley 734 de 2002 contempla que le asiste a las personerías el deber de organizarse, de tal manera que se garantice el principio de la doble instancia en los procesos disciplinarios que ellas adelanten, también lo es que luego de la expedición del Decreto Ley 785 de 2005 se produjo un cambio en las denominaciones y grados en las entidades territoriales, lo cual exigía adaptar los manuales de funciones a estos nuevos parámetros, y que en tal virtud, por tratarse de una modificación de la estructura interna de la organización, solo podía realizarse por el concejo mediante acuerdo.

En consecuencia, es el Concejo Municipal de Floridablanca quien tiene la competencia para adaptar las funciones generales y señalar las esenciales de la personería para garantizar el principio de la doble instancia a través de los manuales con las denominaciones y grados de los cargos de la planta de personal de la personería, acorde con la aplicación del sistema de nomenclatura y clasificación de empleos de que trata el Decreto 785 de 2005.

Por ello, las funciones asignadas por el personero municipal al personero auxiliar mediante el Decreto 001 de 2006, se encuentran viciadas de nulidad por la alegada causal de falta de competencia.

En cuanto a la decisión de inaplicar el artículo 1.º, numeral 2.º del Acuerdo 006 de 2006, encontró el tribunal de instancia que tal decisión se encuentra igualmente viciada de nulidad, por cuanto el personero municipal no está facultado para impedir la aplicación de una norma de carácter general sustentándose en la excepción de inconstitucionalidad, toda vez que ella procede en casos particulares

y concretos. Si bien la excepción de inconstitucionalidad puede ser declarada por el operador judicial o administrativo, solo puede hacerlo frente a un caso específico que deba resolver y no en un asunto como el presente, de carácter general y abstracto, en el cual la vía adecuada era la de impetrar la acción de nulidad simple ejerciendo control de legalidad del acto.

1.4. El recurso de apelación

Carlos Arturo Rojas, en su calidad de coadyuvante de la demandada, estimó que si la ley ya había fijado la competencia de los personeros municipales por medio de un código sustantivo y adjetivo como lo es el Código Disciplinario Único, no podía el concejo reformar su contenido a través del Acuerdo 006 de 2006, pues ello corresponde al legislativo de conformidad con el artículo 150, numeral 2.º de la Constitución Política.

Adujo que la excepción de inconstitucionalidad es una figura que no solo puede ser utilizada por los funcionarios con jurisdicción sino por las autoridades administrativas, más aún en este caso en el que la disposición inaplicada era de carácter general, no admitía más de una interpretación y era abiertamente contraria a la Carta Política. Incluso, fue demandada y declarada su nulidad mediante sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 6 de noviembre de 2008, expediente 2006-3363.

Finalmente señaló que de conformidad con los artículos 313 numeral 6.º, 315 numeral 7.º y 305 numeral 7.º de la Constitución Política, los concejos tienen competencia para determinar la estructura de la administración, es decir, lo macro, las dependencias, así como señalarle las funciones generales sin que ello signifique que se deba contar con el aval previo del citado cuerpo colegiado para poder asignar funciones especiales a los cargos de la personería municipal.

2. Consideraciones

2.1. Problema jurídico.

Consiste en establecer si los Decretos 001 y 002 de 2006, expedidos por el

personero municipal de Floridablanca (Santander), por medio de los cuales se inaplicó el artículo 1.º, numeral 2.º del Acuerdo 006 de 2006 expedido por el concejo de esta entidad territorial y se señalaron las funciones especiales a un empleo, fueron expedidos sin competencia y con violación de la norma de rango superior.

A efectos de estudiar el asunto, es necesario seguir el siguiente derrotero: i) de los antecedentes del acto acusado; ii) de la excepción de inconstitucionalidad; iii) de la competencia del personero para establecer las funciones del personal de su dependencia, y iv) conclusión.

2.1.1. De los actos acusados.

El 3 de marzo de 2006 fue presentado el proyecto de Acuerdo 007 mediante el cual el entonces personero de Floridablanca (Santander) ajustó el manual de funciones y requisitos de la personería con el fin de adaptarlo a la Ley 909 de 2004, e incluyó dentro de las funciones del personero auxiliar la de «iniciar y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que por razón de su competencia conozca la personería municipal conforme a los procedimientos señalados en la Ley» (fols. 71-115 cuaderno principal).

Al estudiar el proyecto de acuerdo, el Concejo encontró que dicha función no podía ser asignada al personero auxiliar y por ende la suprimió del proyecto y la asignó al personero municipal en el texto definitivo, mediante el Acuerdo 006 de 2006, artículo 1.º, numeral 2.º, numeral III, que en lo pertinente dispuso:

Artículo 1º. Ajustar el Manual específico de funciones y de competencias laborales para los empleos que conforman la Planta de Personal de la Personería Municipal de Floridablanca cuyas funciones deberán ser cumplidas por los funcionarios con criterios de eficiencia y eficacia en orden al logro de la misión, objetivos y funciones que la Ley y los reglamentos le señala a la Personería municipal de Floridablanca
(....)

III. Descripción de funciones esenciales
(...)

2. Iniciar, adelantar y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que por razón de competencia conozca la personería, conforme a los procedimientos señalados en la Ley. Las apelaciones contra las decisiones del personero en ejercicio de la función disciplinaria, serán competencia de los procuradores departamentales.(Subraya la sala)

El aparte que se destaca fue demandado en simple nulidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la cual declaró su nulidad mediante sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 6 de noviembre de 2008 dentro del proceso con radicado 2006-3363-00.

Mediante el Decreto 001 de abril 4 de 2006, el personero municipal de Floridablanca dispuso inaplicar dicha disposición por considerarla abiertamente incompatible con el artículo 150-2 de la Constitución Política. Explicó en la parte motiva de este acto administrativo que, según la norma constitucional referida, corresponde privativamente al Congreso de la República «expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones (...)», y en tal virtud expidió la Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único, cuyo artículo 75, inciso 4.º, señaló lo siguiente:

Las personerías municipales y distritales se organizarán de tal forma que cumplan con el principio de la doble instancia, correspondiendo la segunda en todo caso al respectivo personero. Donde ello no fuere posible la segunda instancia le corresponderá al respectivo Procurador Regional.

Adujo que vista la anterior norma, y lo dispuesto en el artículo 181 de la Ley 136 de 1994 que faculta a los personeros municipales para tener la «(...)iniciativa en la creación, supresión y fusión de los empleos bajo su dependencia, señalarles funciones especiales(...)», resulta evidente que cuando el concejo asignó funciones en materia disciplinaria mediante el acuerdo 006, lo hizo atribuyéndose competencias que no tenía.

Por su parte el Decreto 002 de abril 10 de 2006, también demandado, procedió a «complementar» la parte resolutive del citado decreto 001 para efectos de señalar que la disposición inaplicada estaría «(...) reformando las disposiciones contenidas en el Código Único Disciplinario (Ley 734 de 2002) por ser manifiestamente incompatible con el artículo 150-2 de la Constitución Política.».

2.1.2. De la excepción de inconstitucionalidad

Para efectos de determinar si el personero municipal era competente para hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, en la forma en que lo hizo, se estudiará someramente la figura.

Para ello se dirá que la excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción tiene su fundamento en el artículo 4.º de la Constitución Política, según el cual «La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...)» y consiste en la posibilidad que tiene cualquier autoridad de inaplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.

Así mismo, partiendo de la premisa de que cualquier autoridad debe dar aplicación prevalente a las normas constitucionales sobre cualesquiera otras que resulten contrarias a ellas, de igual manera puede y debe inaplicar disposiciones contenidas en actos administrativos de cualquier índole, cuando contradicen a aquellas otras que les son superiores jerárquicamente.

Respecto de quienes pueden ejercer el control de constitucionalidad por vía de excepción, y sus efectos, la Corte Constitucional mediante sentencia C- 122 de 2011, señaló:

De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto¹. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o *ex officio* por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución.

2.3 Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma,

¹ Desde las sentencias de los años sesenta de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se empieza a tener en cuenta esta tesis. Se dice que los funcionarios competentes para aplicar dicha norma son los que tienen jurisdicción. Al respecto dijo la Sentencia del 2 de marzo de 1961 (M.P. Julio Roncallo Acosta), que, “El artículo 215 de la Constitución simplemente autoriza oponer, en un caso concreto, la excepción de inconstitucionalidad. El fallo que decide sobre la acción de inexecuibilidad sólo puede ser pronunciado por la Corte en pleno y tiene efectos erga omnes; en cambio, para decidir sobre la excepción referida es competente cualquier funcionario con jurisdicción, que deba aplicar la ley, y solo tiene efectos en relación con el caso concreto en donde el conflicto surge” (Negrillas fuera del texto). También hay que tener en cuenta los fallos de la Sala de Casación Penal de 14 de marzo de 1961, en donde se convalida por vez primera la vía de excepción y se declara inaplicable una ley en un caso concreto, y la sentencia del 26 de abril del mismo año, en donde se definen los alcances generales de la excepción y se establece que cualquier funcionario con jurisdicción es competente para inaplicar una ley contraria a la Constitución (Sobre el particular ver el libro de Julio Estrada, Alexei, Op. cit., p. 284).

puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos *erga omnes* si la norma exceptuada es constitucional o no.

2.4 Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Corte que las excepciones de inconstitucionalidad que profieren las autoridades judiciales, administrativas o los particulares cuando tengan que aplicar una ley, no elimina la posibilidad que tiene la corporación de realizar el control de constitucionalidad de determinado precepto.

En esta sentencia, la Corte dejó en claro que el nuestro es un sistema de control de constitucionalidad calificado doctrinalmente como «mixto», ya que combina un control concentrado, ejercido por la Corte Constitucional, y difuso, en el que cualquier autoridad puede dejar de aplicar la disposición, por ser contraria a la Constitución. Incluso se ha dicho que constituye, más que un deber, una obligación de la autoridad correspondiente hacer uso de esta figura cuando así lo evidencie, como se dijo en la sentencia T-808 de 2007:

Respecto del carácter facultativo u obligatorio de la excepción de inconstitucionalidad, la Constitución señala que «en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales» (Art.4º). Con base en ello, la Corte ha reiterado que es deber de los funcionarios administrativos y judiciales aplicar directamente la norma constitucional si frente a un caso concreto encuentran una clara evidencia de que está siendo violentada o modificada por disposiciones de inferior jerarquía, cuya inaplicación se impone por mandato constitucional.

No cabe duda, como bien lo señaló el citado fallo C-122 de 2011, de la preeminencia de la jurisdicción constitucional sobre las decisiones particulares y concretas que se adoptan a través de la excepción de constitucionalidad, teniendo en cuenta que la decisión última sobre el control de constitucionalidad de las leyes en Colombia la tiene la Corte Constitucional; de manera que todas las excepciones de constitucionalidad que aplique la autoridad –judicial o administrativa- pueden ser acogidas o no por el máximo tribunal constitucional, porque «no configuran un precedente vinculante y tiene preeminencia sobre los fallos particulares que se hayan dado por vía de excepción». Lo anterior, teniendo en cuenta que el control de constitucionalidad tiene efectos *erga omnes*, se realiza de forma general y abstracta, hace tránsito a cosa juzgada, y determina en forma definitiva la continuidad o no de la norma dentro del sistema jurídico.

De manera que la excepción de inconstitucionalidad puede ser ejercida por

cualquier autoridad, lo cual coincide con los supuestos fácticos del caso concreto, donde el personero municipal fue quien realizó un control constitucional por vía de excepción, por lo que desde ya se puede decir que no tiene vocación de prosperidad la alegada falta de competencia fundada en que carecía de aquella para inaplicar una disposición por inconstitucional, en atención a que, como ya se vio, puede cualquier autoridad, ya sea judicial o administrativa, hacer uso de esta excepción.

Sin embargo, la misma Corte Constitucional ha establecido los supuestos que deben darse para la aplicación de esta figura, en los siguientes términos²:

La jurisprudencia constitucional ha definido que 'la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales'³. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, **en un caso concreto y con efecto inter partes**, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política.

A su turno, la sentencia T-389 de 2009 fue un poco más extensa en punto a desarrollar las condiciones que deben darse a efectos de la aplicación de la excepción de constitucionalidad, así:

En segundo término, resulta indispensable fijar el alcance de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, y determinar si dicha aplicación persigue la protección de la supremacía constitucional en abstracto o tiene como fin conjurar la incidencia negativa y perjudicial de normas de inferior jerarquía a las constitucionales, en los derechos constitucionales de una persona en un caso concreto.

En este punto, los reiterados pronunciamientos de la Corte al respecto permiten concluir que la excepción de inconstitucionalidad como facultad y deber de los operadores jurídicos, se refiere al fenómeno de la aplicación de las normas de inferior jerarquía en casos concretos, cuando éstas resultan incompatibles, a propósito de dichos casos, con las normas constitucionales. En este orden, la supremacía constitucional que se deriva del artículo 4° de la Carta, hace referencia a las normas constitucionales en juego en un caso concreto de una o varias personas, en el cual la aplicación de normas legales o de inferior jerarquía implicaría ir en contra de aquéllas constitucionales que también amparan a dicha persona o grupo de personas. En consecuencia, los principios constitucionales en juego en este contexto son en la mayoría de las ocasiones los relativos a los derechos constitucionales de las personas (derechos fundamentales).

² Sentencia SU-132/13

³ Véase en sentencia T-389 de 2009

Desde otro lado, la supremacía constitucional debe ser entendida también desde la perspectiva que aboga por la defensa y preferencia de valores constitucionales en abstracto, como por ejemplo la separación de poderes o el principio democrático o incluso el principio de igualdad, la cual tiene mecanismos definidos en el artículo 241 de la Constitución, que complementan el diseño de nuestro sistema de control de constitucionalidad. Por ello, la guarda de la supremacía constitucional derivada del artículo 4° de la Constitución ejercida por los operadores jurídicos, se ejerce en un escenario de aplicación de normas de inferior jerarquía a la constitucional a casos concretos de personas, y se da por lo general en un contexto de primacía de los principios constitucionales que contienen derechos fundamentales.

Lo que resulta relevante en este aspecto es entender las distintas competencias que se otorgan en virtud de la excepción de inconstitucionalidad, y en virtud del control abstracto de constitucionalidad. La primera se implementa en el contexto de la vulneración de los principios constitucionales en casos concretos, y por ello suele referirse a la garantía de derechos fundamentales cuando estos se ven amenazados por la aplicación concreta de una norma de rango legal o reglamentario, y su ejercicio está en cabeza todos los operadores jurídicos de nuestro sistema jurídico. Y la segunda, es exclusiva de los jueces de control de constitucionalidad y tiene el alcance de declarar de manera definitiva la permanencia o la salida de una norma del ordenamiento jurídico.

Como puede observarse, bien puede la autoridad ejercer esta facultad, pero siempre y cuando sea para proteger derechos fundamentales que se vean en riesgo, en un caso concreto y con efecto *inter partes*, cuestión que no ocurrió en el *sub judice*, pues el personero no se encontraba frente a una situación en particular, ya que simplemente procedió a inaplicar en forma general un artículo de un acuerdo expedido por el Concejo Municipal.

En efecto, en la práctica lo que hizo el personero municipal fue usurpar la función de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que es la encargada de ejercer control sobre los actos administrativos de las autoridades municipales.

Puede ser entendible, que no admisible jurídicamente, la aseveración que hace el recurrente en el sentido de indicar que pese a que no se hace referencia a un caso concreto, es viable efectuar la inaplicación en general para no tener que hacerlo cada vez que el personero auxiliar lleve a cabo un proceso disciplinario; sin embargo, eso es precisamente lo que diferencia el control de constitucionalidad por vía de excepción al ejercido por la Corte Constitucional, quien es la que decide, en forma definitiva, y de manera abstracta, general y con efectos *erga omnes* si una norma es o no constitucional.

Lo anterior se constituye en razón suficiente para confirmar la anulación del

artículo 1.º de los decretos demandados. A continuación, la sala analizará lo referente a la competencia que tenía el personero municipal para asignarle funciones al personero auxiliar en el numeral 2.º del Decreto 001 de 2006.

2.1.3. De la competencia del personero para establecer funciones al personal de su dependencia.

Para desarrollar este punto es del caso decir que el artículo 2.º del Decreto 001 de 2006 señaló como una de las funciones especiales del personero auxiliar la de «1. Iniciar, adelantar y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que por razón de competencia conozca esta personería municipal, conforme los procedimientos señalados en la Ley.» y la de «2. Comisionar para practicar pruebas a funcionarios de igual o menor jerarquía de la personería municipal de Floridablanca»

Esta disposición se acusa de inconstitucional por considerarse que el personero municipal de Floridablanca no podía establecer funciones al personal de su dependencia, por cuanto tal facultad recae en el Concejo.

Frente a este punto es determinante destacar dos situaciones de importancia: una, que el mentado artículo surge una vez se dio aplicación a la excepción de inconstitucionalidad del artículo 1.º, numeral 2.º, título III de un Acuerdo Municipal como lo fue el 006 de 2006 «Por medio del cual se ajusta el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la personería municipal de Floridablanca», y dos, que el artículo acusado «señala», como funciones del personero auxiliar, unas diferentes a las establecidas en el Acuerdo 006 de 2006.

Siendo ello así, es del caso precisar que el artículo 32 de la Ley 136 de 1994 establece en su numeral 9.º que es función de los concejos la de «Organizar la Personería y la Contraloría y dictar las normas necesarias para su funcionamiento», por lo que bien podía el Concejo de Floridablanca ajustar el manual de funciones y competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la personería.

Por lo anterior, no le era dable al personero municipal, por medio del artículo 2.º

del Decreto 001 de 2006 «señalar» funciones al personero auxiliar diferentes a las establecidas en el manual de funciones que ajustó el órgano competente para ello, que es el Concejo Municipal (fols. 40 y 41 del expediente).

Lo anterior no es óbice para que de conformidad con las disposiciones consagradas en la Ley 489 de 1998, respecto a la figura de la delegación, el personero municipal, en aras de dar efectividad al artículo 75 del CDU y cuando según la estructura de cada personería lo permita, pueda «delegar», que no «señalar», en otros empleos, funciones que de conformidad con el manual respectivo tiene asignada; pero el artículo 2°. del Decreto 001 de 2006 demandado, está lejos de encajar en lo que es un acto de delegación conforme lo establece el artículo 9.º de la citada ley 489.

2.1.4. Conclusión

El personero municipal, al expedir los actos demandados, desconoció los postulados constitucionales citados en párrafos precedentes, pues terminó por ejercer una función que no le era propia, cual era la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma con efectos *erga omnes*; así mismo, desconoció la normativa consagrada en el artículo 32, numeral 9.º de la Ley 136 de 1994, por cuanto la facultad para establecer funciones en las personerías, sí recaía en el Concejo Municipal.

En consecuencia, se confirmará la decisión del tribunal de primera instancia que declaró la nulidad de los actos acusados.

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

F A L L A

CONFIRMAR la sentencia del 30 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que decretó la nulidad de los Decretos 001 y 002 de 2006, expedidos por el personero de Floridablanca (Santander).

En firme esta providencia, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
En comisión

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Relatoria JORM