

Sentencia T-153/08

LEY 1122/07-Parágrafo transitorio del artículo 28 fue declarado inexecutable por sentencia C-957/07

JUEZ DE TUTELA Y PERJUICIO IRREMEDIABLE-Le corresponde al juez apreciar la existencia de éste

Es posible inferir que la jurisprudencia constitucional, si bien ha sostenido de manera reiterada que al juez del caso concreto corresponde apreciar la existencia de un perjuicio irremediable, en todo caso ha ligado de manera reiterada este concepto al ejercicio de la acción de tutela por ciertos sujetos de características particulares -los sujetos de especial protección constitucional- o a la protección de ciertos derechos tal como el derecho a la libertad personal- o el derecho de acceso a cargos públicos de elección popular. Relación que encuentra justificación en la necesidad de adoptar medidas urgentes e impostergables para la defensa de los sujetos de especial protección constitucional, por una parte, y en segundo lugar en el carácter temporal del goce de ciertos derechos fundamentales, pues en algunos casos la tardanza en su protección haría nugatorio su ejercicio, por estar condicionados a términos constitucional o legalmente establecidos, o en otros eventos permitir la prolongación de su afectación configura un perjuicio grave e injustificado para su titular. la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio está sujeta a la comprobación de la existencia o amenaza de un perjuicio irremediable y en el caso concreto el demandante no aporta elementos probatorios que demuestre la gravedad, la inminencia y la urgencia de la afectación de sus derechos fundamentales, adicionalmente los hechos que motivaron la interposición del mecanismo constitucional tampoco encuadran dentro de los supuestos reseñados en el acápite anterior de esta decisión en los cuales se ha entendido que es posible recurrir a la acción de tutela para la protección transitoria de derechos fundamentales.

REINTEGRO DE GERENTE DE ESE-El fundamento normativo base de la pretensión fue declarado inexecutable/GERENTE DE ESE-Periodo fue modificado por norma que después fue declarada inexecutable

Se tiene entonces que precisamente el enunciado normativo que sirve de fundamento al demandante en el presente proceso para solicitar la protección de sus derechos

fundamentales supuestamente conculcados fue retirado del ordenamiento jurídico, debido a que implicaba la aplicación retroactiva de un precepto legal. Nótese que la Corte Constitucional distingue dos supuestos, el primero cuando el gerente de una empresa social del Estado hubiera terminado su período entre el 31 de diciembre de 2006 y el ocho de enero de 2007 y se hubiera nombrado su reemplazo, caso en el cual descarta de plano la aplicación retroactiva de la ley por vulnerar los derechos adquiridos del tercero nombrado en su reemplazo. Este supuesto se aplica con mayor razón a aquellos gerentes de las empresas sociales del Estado cuyo periodo terminaba antes del 31 de diciembre de 2006, como es el caso del demandante, cuyo periodo finalizó el 9 de diciembre de 2006 y su reemplazo se posesionó el 10 de diciembre de 2006. El segundo supuesto ocurre cuando hubiera terminado el período del gerente entre el 31 de diciembre de 2006 y el ocho de enero de 2007, el cual a juicio de la Corte también es inconstitucional por implicar una proroga retroactiva del nombramiento en un cargo público. Si bien la sentencia de Constitucionalidad C-957 de 2007 tiene efectos futuros -a partir del 15 de noviembre de 2007- en todo caso la interpretación defendida por el juez de segunda instancia del párrafo transitorio del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 es contraria a la Constitución porque afectó los derechos adquiridos de la persona nombrada en reemplazo del peticionario en el cargo de Gerente de la ESE Centro de Salud.

Referencia: expediente T-1.680.997

Acción de tutela instaurada por Jaime Gabriel Hernández Uparela contra el alcalde del Municipio de Galeras (Sucre).

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., quince (15) de febrero de dos mil ocho (2008).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Jaime Araujo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández, y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de las sentencias proferidas por el Juzgado Promiscuo Municipal de Galeras (Sucre) y por el Juzgado Promiscuo de Circuito de Sincé (Sucre), en el trámite de la acción de tutela instaurada por Jaime Gabriel Hernández Uparela contra el alcalde del Municipio de Galeras (Sucre).

I. ANTECEDENTES

El actor interpuso acción de tutela contra el alcalde del Municipio de Galeras (Sucre) con el objeto de que se amparara su derecho fundamental al trabajo y al debido proceso, así como los principios de favorabilidad, igualdad de oportunidades y estabilidad en el empleo, presuntamente desconocidos por la autoridad pública demandada. Fundamenta la acción impetrada en los siguientes,

1. Hechos

1. El alcalde municipal de Galeras nombró al Sr. Jaime Gabriel Hernández Uparela Gerente de la E.S.E Centro de Salud Inmaculada Concepción, por un período de tres años, el cual tuvo inicio el diez (10) de diciembre del año dos mil tres (2003).

1. Una vez finalizado el período para el cual fue nombrado el Sr. Hernández Uparela, el día diez (10) de diciembre del año dos mil seis (2006) el alcalde nombró en su reemplazo a Josefina Arrieta Acosta.

1. El día nueve (09) de enero de 2007 entró en vigor la Ley 1122 de 2007, cuyo artículo 28 prevé en el parágrafo, con efectos retroactivos, la prórroga en el ejercicio del cargo de los Gerentes de las E.S.E de los niveles departamental, distrital y municipal “cuyo período de tres años termina el 31 de diciembre de 2006 o durante el año 2007” hasta marzo treinta y uno (31) de dos mil ocho (2008).

1. El Sr. Hernández Uparela presentó una petición ante el alcalde municipal, para que en su caso fuera aplicada la citada disposición, solicitud que fue denegada.

El actor alega que la negativa del alcalde es el origen de la vulneración de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales invocados. Afirma que el párrafo transitorio del artículo 28 de la citada ley debe ser interpretado en el sentido que cobije a los “Gerentes de las ESES territoriales (...) ad portas, en diciembre del año 2006, de consumir su tiempo de ejercicio gerencial”¹. Arriba a tal conclusión en virtud del siguiente ejercicio interpretativo, en primer lugar afirma que el enunciado normativo en cuestión, el párrafo transitorio del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, no es claro pues textualmente hace referencia a los Gerentes cuyo periodo “termina” el 31 de diciembre de 2006, fecha que ya había transcurrido al momento en que la ley fue publicada y entró en vigencia -el nueve (09) de enero de dos mil siete-, lo que supone una errónea utilización del tiempo verbal. Estima por lo tanto que ante la falta de claridad de la ley debe recurrirse a otros métodos interpretativos tales como el histórico, el teleológico o el sistemático, de los cuales se deduce que el propósito de la ley y la voluntad del Legislador era prorrogar en el ejercicio del cargo a aquellos gerentes cuyo período estaba próximo a expirar en diciembre del año 2006. Por último, sostiene que no cuenta con otro medio de defensa judicial pues la acción de nulidad y restablecimiento del derecho “no alcanza en el tiempo a desatar la problemática”.

2. Solicitud de tutela.

El actor pide se tutelen los derechos invocados y en consecuencia se ordene al Alcalde de Galeras expida un acto administrativo mediante el cual lo reintegre al cargo de Gerente de la ESE Centro de Salud Inmaculada Concepción.

3. Pruebas relevantes que obran en el expediente.

Reposan en el expediente los siguientes documentos:

1. Copia del Decreto 105 de 2003, expedido por el Alcalde de Galeras (Sucre), por medio del cual se nombra a Jaime Gabriel Hernández Uparela como Gerente de la ESE Centro de Salud

Inmaculada Concepción (folio 30 cuaderno principal).

2. Copia del acta de posesión de Jaime Gabriel Hernández Uparela del cargo de Gerente de la ESE Centro de Salud Inmaculada Concepción (folio 32 cuaderno principal).

3. Copia del Decreto 038 de 2006 del alcalde municipal de Galeras (Sucre) mediante el cual se encarga a Josefina Arrieta Acosta del cargo de Gerente de la ESE Centro de Salud Inmaculada Concepción (folio 14 cuaderno principal).

4. Copia del acta de posesión de Josefina Arrieta Acosta en el cargo de Gerente de la ESE Centro de Salud Inmaculada Concepción (folio 16 cuaderno principal).

5. Copia de solicitud presentada por Jaime Hernández Uparela al alcalde de Galeras (Folio 54 cuaderno principal).

6. Copia de la respuesta del Alcalde de Galeras a la solicitud presentada por Jaime Hernández Uparela (folio 56 cuaderno principal).

4. Intervención de la entidad demandada

En escrito presentado ante el juez de primera instancia, el Alcalde del municipio de Galeras solicitó al juez de conocimiento no acceder a las pretensiones del actor.

Disiente de la interpretación que hace el demandante del párrafo transitorio del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, pues considera que esta disposición establecía claramente cuales gerentes tenían derecho a la prorroga en el ejercicio del cargo, aquellos cuyo período finalizaba el 31 de diciembre de 2006 y durante el 2007, supuesto dentro del cual no se encontraba el demandante porque su período había finalizado el nueve (9) de diciembre de 2006.

Añade que en el caso concreto la acción de tutela es improcedente porque el Sr. Hernández Uparela cuenta con otro medio de defensa judicial para la defensa de sus derechos presuntamente conculcados y no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable para que procediera el amparo transitorio.

5. Sentencias objeto de revisión

Conoció en primera instancia el Juez Promiscuo Municipal de Galeras, el cual mediante sentencia proferida el veinte (20) de marzo de dos mil siete (2007) denegó el amparo solicitado. Consideró que el período del Sr. Hernández Uparela como gerente de la ESE del municipio de Galeras finalizaba el 9 de diciembre del año 2006, y por lo tanto éste no se encontraba dentro del supuesto del párrafo del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007. Rechazó la interpretación propuesta por el demandante del citado precepto legal pues a su juicio la disposición es clara en redacción y no admitía una interpretación “distinta ni acomodada”.

La sentencia de primera instancia fue apelada y el Juzgado Promiscuo de Sincé (Sucre), mediante fallo de siete (7) de mayo de dos mil siete (2007) la revocó y en su lugar concedió el amparo solicitado. Estimó el a quem que la interpretación propuesta por el demandante del párrafo transitorio de artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 era acertada, pues aunque éste precepto textualmente hace referencia a los Gerentes cuyo periodo “termina” el 31 de diciembre de 2006, tal fecha ya había transcurrido al momento en que la ley fue publicada y entró en vigencia -el nueve (09) de enero de dos mil siete-, lo que supone una errónea utilización del tiempo verbal. Ante la falta de claridad de la ley sostiene el juez de segunda instancia que debe consultarse el espíritu del Legislador, el cual era prorrogar en el ejercicio del cargo a aquellos gerentes cuyo período estaba próximo a expirar en diciembre del año 2006, añade que esta interpretación es la única compatible con la protección del derecho al trabajo, la estabilidad laboral y el principio de favorabilidad. Concluye el a quem que la acción de tutela era procedente ante la amenaza de un perjuicio irremediable al derecho al mínimo vital del accionante y familia, razón por la cual concede el amparo transitorio de los derechos fundamentales supuestamente conculcados.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

2. Presentación del caso y problemas jurídicos objeto de estudio

El actor desempeñaba el cargo de Gerente de la E.S.E Centro de Salud Inmaculada Concepción del Municipio de Galeras (Sucre), una vez finalizado su período, el día diez (10) de diciembre del año dos mil seis (2006) el alcalde nombró en su reemplazo a Josefina Arrieta Acosta. A la entrada en vigor de la Ley 1122 de 2007 el actor solicitó el reintegro en el cargo de Gerente pues a su juicio el párrafo transitorio del artículo 282 de la citada ley debe ser interpretado en el sentido que cobije a los “Gerentes de las ESES territoriales (...) ad portas, en diciembre del año 2006, de consumir su tiempo de ejercicio gerencial”³. Ante la negativa del alcalde interpone tutela por la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral y el principio de favorabilidad. El juez de primera instancia rechazó la interpretación propuesta por el demandante del párrafo transitorio del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 y, en consecuencia, denegó el amparo solicitado. El a quem revocó la anterior decisión, pues a su juicio, asistía razón al demandante en la interpretación que hacía del precepto legal que prórroga el período de las gerentes de las empresas sociales del estado, además consideró que la acción de tutela era procedente ante la amenaza de un perjuicio irremediable al derecho al mínimo vital del accionante y familia, razón por la cual concede el amparo transitorio solicitado.

3. La tutela como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales y el concepto de perjuicio irremediable.

El demandante cuenta con otro medio de defensa judicial para la defensa de sus derechos fundamentales supuestamente conculcados, la acción de nulidad y restablecimiento, en el curso de la cual puede solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos que supuestamente dan origen a la vulneración alegada, por lo tanto es necesario detenerse en la figura del perjuicio irremediable y su tratamiento jurisprudencial, para determinar si procede el amparo transitorio.

Como punto de partida para este análisis cabe señalar que de conformidad con el artículo 86 constitucional existen dos modalidades de acción de tutela, como mecanismo definitivo para la protección de los derechos fundamentales o como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esta inferencia surge de la simple lectura del inciso tercero de este precepto el cual señala que la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Así mismo, la disposición antes transcrita establece una excepción al carácter residual o subsidiario de la acción de tutela, precisamente cuando se acude a la garantía constitucional como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales, en esos casos no es necesario demostrar que el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial o que éste no es tan idóneo o eficaz como la acción de tutela, sino que el actor debe acreditar el perjuicio irremediable, como ha sostenido esta Corporación “ese fue precisamente el requisito impuesto por el Constituyente y no puede ni la Corte, ni ningún otro juez, pasarlo inadvertido”⁴.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha señalado que el concepto de perjuicio irremediable no es susceptible de una definición legal o reglamentaria, porque se trata de un “concepto abierto” que debe ser precisado por el juez en cada caso concreto⁵, y a su vez permite que al funcionario judicial “darle contenido y sentido a su tarea de protección efectiva de los derechos fundamentales y ser el punto de confluencia del derecho y la realidad, de cuya adecuada interrelación depende la justicia de su decisión”⁶.

Por lo tanto es el juez de tutela en cada caso concreto el que debe apreciar si de las circunstancias fácticas que dan origen a la acción es posible deducir o no la existencia de un perjuicio irremediable. No obstante, esta Corporación en diversas oportunidades ha intentado precisar el alcance de la figura mediante la definición de los elementos que la configuran, un esfuerzo notable en ese sentido lo constituye la sentencia T-225 de 1993. En esa oportunidad se sostuvo:

“Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término “amenaza” es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La

amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.

Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

A). El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señal a la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier

tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

Esta caracterización del perjuicio irremediable, que gravita en torno a su inminencia, gravedad y urgencia, ha sido reiterada en numerosas oportunidades por distintas salas de revisión⁷, sin embargo, como antes se consignó en cada caso concreto debe el juez de tutela ponderar si los anteriores elementos caracterizadores del perjuicio irremediable están presentes. En esa medida resulta relevante examinar algunos de los criterios interpretativos desarrollados por la jurisprudencia constitucional en torno a la figura en estudio:

* Se ha sostenido en distintas oportunidades que cuando la acción de tutela es interpuesta por un sujeto de especial protección constitucional, tales como madres cabeza de familia⁸, mujeres trabajadoras embarazadas⁹, discapacitados¹⁰ o personas de la tercera edad¹¹, el concepto de perjuicio irremediable debe ser entendido en forma mucho más amplia “para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad”¹², en estos casos debe tomar en consideración no solo las circunstancias personales del actor en el caso concreto, sino también “las características globales del grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada”¹³.

* Del mismo modo se ha argumentado que la imposición de una sanción disciplinaria que conlleva la imposibilidad jurídica para el afectado de acceder al ejercicio de cargos públicos puede ocasionar un perjuicio irremediable en ciertos eventos¹⁴.

* También se ha deducido la existencia de un perjuicio irremediable en aquellos casos de afectación grave y evidente del derecho a la libertad individual cuando la persona privada de la libertad interpone la acción de tutela mientras está en trámite una acción de revisión¹⁵.

De los criterios anteriores es posible inferir que la jurisprudencia constitucional, si bien ha sostenido de manera reiterada que al juez del caso concreto corresponde apreciar la existencia de un perjuicio irremediable, en todo caso ha ligado de manera reiterada este concepto al ejercicio de la acción de tutela por ciertos sujetos de características particulares -los sujetos de especial protección constitucional- o a la protección de ciertos derechos tal como el derecho a la libertad personal- o el derecho de acceso a cargos públicos de elección popular.

Relación que encuentra justificación en la necesidad de adoptar medidas urgentes e impostergables para la defensa de los sujetos de especial protección constitucional, por una parte, y en segundo lugar en el carácter temporal del goce de ciertos derechos fundamentales, pues en algunos casos la tardanza en su protección haría nugatorio su ejercicio, por estar condicionados a términos constitucional o legalmente establecidos, o en otros eventos permitir la prolongación de su afectación configura un perjuicio grave e injustificado para su titular.

4. La declaratoria de inexecutable del párrafo transitorio del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007.

En la sentencia C-957 de 2007 esta Corporación examinó la constitucionalidad del párrafo transitorio del artículo 28 de la Ley 1112 de 2007 y declaró inexecutable la expresión “el 31 de diciembre de 2006 o” contenida en este precepto.

Sostuvo la Corte Constitucional:

La demandante, por último, señala la imposibilidad de prorrogar períodos ya vencidos, como sería el caso de aquellos funcionarios cuyo período terminó entre el 31 de diciembre de 2006 y la entrada en vigencia de la Ley 1122 de 2007 (Supra. Ver cuadro 2. Grupo 1). La Corte encuentra que el cargo de la demandante es acertado, por las siguientes razones:

Las leyes tienen, por regla general, un efecto general inmediato. Es decir, sólo afectan situaciones hacia futuro, o en tránsito. Se trata de una consecuencia del principio de legalidad, así como de la necesidad de proteger derechos adquiridos y de dar un nivel aceptable de seguridad jurídica en las relaciones sociales. En consecuencia, sólo son admisibles previsiones retroactivas si se respetan los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas. Sobre la posible aplicación retroactiva de la disposición acusada, deben considerarse entonces dos posibilidades:

Por una parte, el inciso tercero del párrafo demandado estableció la protección de los derechos adquiridos, al señalar que se respetará el período de los funcionarios que ya fueron nombrados o reelegidos antes de la entrada en vigencia de la Ley 1122 de 2007. Así, en la hipótesis en que un funcionario hubiera terminado su período en el lapso que va del 31 de diciembre de 2006 al 8 de diciembre de 2007, y se hubiera nombrado un nuevo gerente o éste hubiera sido reelegido, quedaría de antemano descartada la aplicación retroactiva de la norma.

Sin embargo, en caso de presentarse la vacancia en el cargo, entre el 31 de diciembre de 2006 y el 8 de enero de 2007, la norma podría implicar una prórroga retroactiva. Esta situación es imposible de avalar, tanto a nivel jurídico como a nivel lógico, pues la posibilidad de que se extiendan períodos legalmente vencidos, desconoce que tal vencimiento constituye, en sí mismo, una situación consolidada.

Así, si un ciudadano ejerce un cargo público hasta el vencimiento del período, a partir de ese momento cesa su pertenencia a la función pública (salvo que haya sido nombrado en otro cargo). Cualquier decisión que, posteriormente, lo vincule nuevamente a la función pública, equivale a un nombramiento, tal como ocurre en el supuesto de la aplicación retroactiva de la prórroga que se analiza.

Por ello, la Corte declarará inexecutable el aparte normativo que permite esa aplicación retroactiva. Si se toman en cuenta las consideraciones previas, el enunciado que permite esa aplicación retroactiva de forma explícita, es el que señala que la prórroga se puede dar desde el 31 de diciembre de 2006. Al retirar este aparte del enunciado normativo, la prórroga se aplicará a quienes culminen su período durante el dos mil siete pero, de acuerdo con el efecto general inmediato de las normas, solo si el vencimiento se produjo después de la

entrada en vigencia de la Ley 1122 de 2007. En consecuencia, la Corte declarará inexecutable la expresión “el 31 de diciembre de 2006 o”, contenida en el inciso primero del párrafo transitorio del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007.

Se tiene entonces que precisamente el enunciado normativo que sirve de fundamento al demandante en el presente proceso para solicitar la protección de sus derechos fundamentales supuestamente conculcados fue retirado del ordenamiento jurídico, debido a que implicaba la aplicación retroactiva de un precepto legal.

Nótese que la Corte Constitucional distingue dos supuestos, el primero cuando el gerente de una empresa social del Estado hubiera terminado su período entre el 31 de diciembre de 2006 y el ocho de enero de 2007 y se hubiera nombrado su reemplazo, caso en el cual descarta de plano la aplicación retroactiva de la ley por vulnerar los derechos adquiridos del tercero nombrado en su reemplazo. Este supuesto se aplica con mayor razón a aquellos gerentes de las empresas sociales del Estado cuyo periodo terminaba antes del 31 de diciembre de 2006, como es el caso del Sr. Hernández Uparela, cuyo periodo finalizó el 9 de diciembre de 2006 y su reemplazo se posesionó el 10 de diciembre de 2006.

El segundo supuesto ocurre cuando hubiera terminado el período del gerente entre el 31 de diciembre de 2006 y el ocho de enero de 2007, el cual a juicio de la Corte también es inconstitucional por implicar una prórroga retroactiva del nombramiento en un cargo público.

5. Caso concreto

En el caso concreto el demandante podía recurrir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para atacar los actos administrativos del alcalde del Municipio de Galeras que supuestamente conculcaban sus derechos fundamentales y podía solicitar la suspensión provisional de tales actos a partir de la admisión de la demanda, de conformidad con lo señalado en el artículo 152 del C. C. A. No obstante, afirma que impetra la acción de tutela porque el medio judicial ordinario “no alcanza en el tiempo, a desatar la problemática”. El juez de segunda instancia presume la afectación del derecho al mínimo vital del demandante y de su familia por la desvinculación del cargo de Gerente de la E.S.E. Centro de Salud Inmaculada Concepción, sin embargo, al expediente no fueron allegados elementos probatorios que permitan verificar tal extremo, pues ni siquiera consta que el demandante

tenga una familia.

Como se sostuvo en el acápite precedente de esta decisión la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio está sujeta a la comprobación de la existencia o amenaza de un perjuicio irremediable y en el caso concreto el demandante no aporta elementos probatorios que demuestre la gravedad, la inminencia y la urgencia de la afectación de sus derechos fundamentales, adicionalmente los hechos que motivaron la interposición del mecanismo constitucional tampoco encuadran dentro de los supuestos reseñados en el acápite anterior de esta decisión en los cuales se ha entendido que es posible recurrir a la acción de tutela para la protección transitoria de derechos fundamentales.

Por otra parte, si bien la sentencia de Constitucionalidad C-957 de 2007 tiene efectos futuros -a partir del 15 de noviembre de 2007- en todo caso la interpretación defendida por el juez de segunda instancia del párrafo transitorio del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 es contraria a la Constitución porque afectó los derechos adquiridos de la persona nombrada en reemplazo del Sr. Hernández Uparela en el cargo de Gerente de la ESE Centro de Salud Inmaculada Concepción.

Por las anteriores razones considera esta Sala de Revisión que era improcedente la acción de tutela como mecanismo transitorio para la protección de los derechos fundamentales del Sr. Hernández Uparela.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: REVOCAR la sentencia de siete (7) de mayo de dos mil siete (2007), proferida por el Juzgado Promiscuo de Sincé (Sucre), en la acción de tutela impetrada por Jaime Gabriel Hernández Uparela contra el alcalde del Municipio de Galeras (Sucre), y en su lugar CONFIRMAR la sentencia de veinte (20) de marzo de dos mil siete (2007), proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Galeras, en la acción de tutela de la referencia, por las razones expuestas en la presente sentencia.

Segundo: LIBRENSE, por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Folio 3 Cuaderno 1 del Expediente.

2 Esta disposición señalaba:

Parágrafo Transitorio. Los Gerentes de las ESE de los niveles Departamental, Distrital y Municipal cuyo período de tres años termina el 31 de diciembre de 2006 o durante el año 2007 continuarán ejerciendo el cargo hasta el 31 de marzo de 2008.

3 Folio 3 Cuaderno 1 del Expediente.

4 Sentencia T-1316 de 2001.

5 Eso sostuvo esta Corporación en la sentencia C-531 de 1993 mediante la cual declaró la inexecutable del inciso segundo del numeral primero del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, precepto que definía el perjuicio irremediable como aquel que sólo puede ser reparado

en su integridad mediante una indemnización.

6 Sentencia C-531 de 1993.

7 Por ejemplo en la sentencia T-1316 de 2001 se definen las características del perjuicio irremediable en los siguientes términos:

“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.”

Así mismo, en la sentencia T-719 de 2003 se sostiene:

“La jurisprudencia de esta Corte ha señalado que para efectos de esta disposición, únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea (a) cierto e inminente -esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consuma un daño antijurídico en forma irreparable”.

8 Sentencias T-719 de 2003, T-804 de 2005.

9 Sentencias T-992 y T-1244 de 2005.

10 Sentencias T-1128 y T- 1268 de 2005, T-491 de 2006.

11 Sentencia T-605 de 2005.

12 Sentencia T-719 de 2003.

13 Sentencia T-1316 de 2001.

14 Sentencia T-143 de 2003 y T-1093 de 2004.

15 Sentencia T-659 de 2005.