

Sentencia T-527/12

CUMPLIMIENTO FALLO DE TUTELA E INCIDENTE DE DESACATO-Diferencias

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA QUE RESUELVE INCIDENTE DE DESACATO/ACCION DE TUTELA CONTRA DESACATO

En el caso de las providencias judiciales, la acción de tutela procederá de manera excepcional cuando esta se promueva en contra de la actuación judicial que resuelva un incidente de desacato, siempre y cuando en el trámite de éste último se advierta y demuestre que tal decisión judicial se constituye en una causal de procedibilidad de la acción de tutela, en tanto afecta derechos constitucionalmente protegidos. Así, no debe olvidarse que sin importar si se trata de una acción de tutela o de un desacato deberá estar demostrada la vía de hecho, y verificado el cumplimiento de los demás requisitos que la jurisprudencia ha desarrollado al respecto.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR VIA DE HECHO-Causales genéricas y especiales de procedencia

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Defecto fáctico como causal específica de procedencia

La doctrina constitucional sobre la procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales por haberse incurrido en un defecto fáctico es sumamente clara, pues exige que se hayan dejado de valorar pruebas legalmente aducidas al proceso, o que en la valoración de las pruebas legalmente practicadas se haya desconocido manifiestamente su sentido y alcance y, en cualquiera de estos casos, que la prueba sobre la que se contrae la vía de hecho tenga tal trascendencia que sea capaz de determinar el sentido de un fallo. Sólo bajo esos supuestos es posible la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, de manera que cuando los mismos no satisfagan estas exigencias, no procede el amparo constitucional pues se trata de situaciones que se sustraen al ámbito funcional de esta jurisdicción.

DEFECTO FACTICO POR LA NO VALORACION DEL ACERVO PROBATORIO

La configuración del defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio es una de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Esta hipótesis se concreta en la conducta en que incurre el operador judicial cuando, existiendo los elementos probatorios en el proceso, o habiendo decretado la práctica de pruebas, omite el estudio de las mismas, no las advierte o simplemente no las tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva. Pero el problema surge cuando se observa que de haberse contemplado dichas pruebas y valorado en el proceso, la solución al problema jurídico habría sido sustancialmente distinta a la que asumió el juez sin el análisis de dicha carga probatoria

Referencia: expediente T-2.962.079

Acción de Tutela instaurada por Olga Ochoa de Restrepo contra Leovigildo Suárez Céspedes Magistrado del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil doce (2012).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y Luís Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia dictada el 1° de diciembre de 2011 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que revocó la sentencia del 26 de octubre de 2010, proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, que había concedido la tutela incoada por Olga Ochoa de Restrepo contra Leovigildo Suárez Céspedes Magistrado de la Sala jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia.

## 1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Dos de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

### 1.1. SOLICITUD

Olga Ochoa de Restrepo, actuando como cónyuge superviviente de su difunto esposo Guillermo Omar Restrepo Cardona, pide al juez de tutela que ampare sus derechos fundamentales a la dignidad, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia, a la seguridad social, a la protección especial a las personas de la tercera edad y al debido proceso. Para ello solicita (i) se realicen las actuaciones judiciales pertinentes que ordenen al ISS dar cumplimiento al fallo de tutela proferido el 19 de diciembre de 2008, (ii) se anule el auto del 17 de agosto de 2010 dictado por el Magistrado accionando en el que da por terminado el incidente de desacato propuesto en contra del ISS, (iii) se rechace la objeción presentada extemporáneamente por el ISS respecto del dictamen pericial surtido en el trámite del incidente de desacato, y (iv) realice la indexación en los términos establecidos en la sentencia dictada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia.

#### 1.1.1. Hechos

1.1.1.1. Explica la accionante que su esposo Guillermo Omar Restrepo Cardona laboró para el Banco Industrial Colombiano -BIC- entre el 3 de noviembre de 1971 y el 15 de junio de 1981, tiempo durante el cual cotizó a pensiones.

1.1.1.2. En el año 2002 el señor Restrepo solicitó al ISS, entidad previsional a la cual había hecho sus cotizaciones a pensión, el reconocimiento de dicha prestación por concepto de vejez. Así, mediante Resolución No. 1287 del 24 de febrero de 2003, el ISS le reconoció la pensión de vejez en cuantía de un salario mínimo legal mensual.

1.1.1.3. No conforme con el monto del reconocimiento pensional, el señor Restrepo interpuso los recursos de reposición y apelación en contra de dicho acto administrativo, señalando que

de acuerdo a las normas aplicables a su reclamación (Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año), el porcentaje base para liquidar su pensión era del 45% del promedio salarial percibido en las últimas 100 semanas cotizadas, incrementado en un 14% por tener a la fecha de tal reconocimiento, sociedad conyugal vigente. Pero además señaló que, teniendo en cuenta que su salario promedio en el referido periodo de cotizaciones fue de \$51.394 pesos, este valor debió ser actualizado al momento de hacerse el reconocimiento pensional (para el año 2003, fecha del reconocimiento pensional, el salario actualizado del señor Restrepo correspondía a 9.08 salarios mínimos de ese momento), razón por la cual pidió la indexación pertinente. Sin embargo, los recursos de reposición y apelación fueron resueltos negativamente confirmándose de esta manera lo decidido en la resolución que reconoció su pensión.

1.1.1.4. Ante lo sucedido, el 30 de septiembre de 2004 el señor Restrepo interpuso demanda ordinaria laboral en contra del ISS para reclamar la indexación de su primera mesada pensional. Este proceso laboral surtió su trámite ante el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín y la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de esa misma ciudad, instancias judiciales que en sus respectivas providencias del 20 de enero y 13 de julio ambas de 2006, absolvieron al ISS de las reclamaciones hechas. Ante lo resuelto, se interpuso el recurso extraordinario de casación.

1.1.1.5. El señor Guillermo Omar Restrepo Cardona falleció el 23 de marzo de 2007, y solo hasta el 23 de noviembre de ese mismo año, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia resolvió no casar la sentencia del Tribunal Superior de Medellín.

1.1.1.6. Tras el fallecimiento de su esposo, la señora Olga Ochoa de Restrepo tramitó ante el ISS la sustitución de la pensión de sobreviviente, la cual le fue reconocida mediante Resolución No. 12843 de 2008.

1.1.1.7. Agotado el trámite del proceso ordinario laboral en todas sus instancias, la señora Ochoa Restrepo interpuso acción de tutela en contra de lo resuelto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, actuación que fue rechazada por la Sala de Casación Penal de esa misma Corporación mediante auto del 30 de septiembre de 2008. Frente a lo sucedido la accionante presentó de nuevo la acción de tutela, pero en esta ocasión lo hizo ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, instancia judicial que por sentencia

del 23 de octubre de 2008 negó el amparo solicitado, argumentando la improcedencia de ésta por falta de inmediatez.

1.1.1.8. Apelada la decisión conoció la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, la cual en sentencia del 19 de diciembre de 2008 revocó la decisión judicial de primera instancia, y en su lugar, ordenó al ISS que en las siguientes 48 horas a la notificación de esta sentencia, modificara los actos mediante los cuales había reconocido la pensión sustituta a la señora Ochoa de Restrepo, para que en su lugar, indexara la primera mesada de la referida pensión, aplicando para ello la fórmula establecida por la Corte Constitucional en su sentencia T-098 de 2005. Dicho fallo señaló igualmente, que concedía un término de (10) días al ISS para cancelar la diferencia del retroactivo del monto total adeudado por dicho concepto.

1.1.1.9. Sin embargo, tras casi un año de proferida la sentencia sin que la misma fuese cumplida por el ISS, la accionante solicitó a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia que apremiara al ISS para que diera cabal cumplimiento a la referida providencia. Así, comunicada esta petición al ISS, esta entidad mediante Resolución No. 028320 del 7 de octubre de 2009 manifestó que daba cumplimiento a la orden judicial impartida en su contra.<sup>1</sup>

1.1.1.10. No obstante, la accionante no compartió lo resuelto por el ISS en la referida resolución, pues explicó que los retroactivos reconocidos, así como las diferencias adeudadas entre lo pagado y lo que se debió pagar, no correspondían con lo ordenado judicialmente, ni se atenían a los lineamientos señalados en la sentencia de la Corte Constitucional. Por esta razón, interpuso el correspondiente incidente de desacato, para lo cual aportó los cálculos que corresponderían a una adecuada indexación de una mesada pensional. Solicitó además, que de ser necesario, se nombrara, con cargo a ella, un perito actuario que rindiera un dictamen como experto, el cual podría orientar al funcionario judicial respecto a la adecuada forma de indexar la primera mesada de una pensión.

1.1.1.11. En respuesta a esta última petición, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura resolvió por auto del 8 de marzo de 2010 nombrar al referido perito. Éste rindió su concepto del cual se corrió traslado a las partes el día 28 de junio de 2010 de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil

(C.P.C.)<sup>2</sup>, para que las partes se pronunciasen sobre el mismo.

1.1.1.12. En escrito recibido en la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia el 6 de julio de 2010, el ISS objetó el referido dictamen al señalar que el índice de precios al consumidor que se debía tener como base para esta indexación era el vigente al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, el del 1° de abril de 1994, y no el establecido para el 15 de junio de 1981, fecha en la cual el fallecido señor Restrepo Cardona se había retirado de trabajar del BIC.

1.1.1.13. Aunado a lo anterior, el día 8 de julio de 2010 el ISS solicitó a la misma instancia judicial, mediante un nuevo escrito, la terminación del trámite del incidente de desacato por considerar que ya se había dado cumplimiento al fallo de tutela proferido en su contra.

1.1.1.14. Luego de lo anterior, el Magistrado aquí tutelado, mediante auto de fecha 17 de agosto de 2010, resolvió dejar sin efectos las actuaciones proferidas por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria en el trámite de esas diligencias a partir del 8 de marzo de 2010, fecha en la que se había dispuesto la designación del perito actuario. Las demás actuaciones que derivaron de tal designación, como son el nombramiento y posesión del mencionado perito el 8 abril de 2010 y el auto de junio 28 de 2010 que ordenó dar traslado del dictamen pericial rendido en este caso, también quedaron sin efectos jurídicos. En virtud de lo anterior, dio por terminado el incidente de desacato.

1.1.1.15. Expone la accionante que para tomar tal decisión, el Magistrado Sustanciador expuso algunos argumentos que ella no comparte, y que a efectos de controvertirlos, los citó en esta acción de tutela en los siguientes términos:

“En este momento procesal RESULTA PERTINENTE CONSIDERAR LAS RAZONES DE DERECHO EXPUESTAS POR LA GERENTE SECCIONAL DEL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, PARA SEÑALAR QUE POR PARTE DE ESTA ENTIDAD SE DIO CUMPLIMIENTO AL FALLO DE TUTELA mediante la emisión de la Resolución No. 028320 del 7 de octubre de 2009...

(...) de acuerdo a lo anterior Y DESPUÉS DE UN ANÁLISIS DETENIDO de la providencia expedida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura,... así como luego de analizar la Resolución No. 028320 del 7 de octubre de 2009, la cual de manera motivada tuvo en cuenta los parámetros de la sentencia de tutela para cumplir la

orden judicial, tenemos que ... el Instituto de los Seguros Sociales no incurrió en desacato de la orden impartida. (...)

(...) el Instituto de los Seguros Sociales SE REFIRIÓ A LOS PARÁMETROS que para el efecto se habían establecido en la sentencia de tutela, y, en desarrollo de los mismos, motivó de manera razonada el sentido de su nueva determinación ... que en este momento es valorada por el juez de tutela en el incidente de desacato, quien, TRAS UN DETENIDO ANÁLISIS, la encuentra ajustada a la decisión de protección que se había proferido por el H. Consejo Superior de la Judicatura.”(Negrilla y mayúscula de la accionante).<sup>3</sup>

1.1.1.16. Indica la accionante que no entiende cómo pudo el Magistrado Leovigildo Suárez Céspedes suponer que la Resolución No. 028320 de 2009 del ISS había dado cumplimiento a los lineamientos de la sentencia T-098 de 2005, cuando se observa que los argumentos expuestos en dicha resolución “aparecieron” sin motivación matemática alguna, exponiendo unos datos cuyo origen o fuente se desconocen. Por esta razón consideró que el Magistrado accionado no pudo de manera alguna haber hecho un detenido análisis como lo argumentó en el auto que dio por terminado el incidente de desacato, pues no existió fundamento alguno a partir del cual hubiese podido haber tal estudio.

1.1.1.17. Así mismo, explicó la accionante que el referido Magistrado se contradice cuando en la misma decisión manifiesta que “no se aprecia que se haya presentado un manifiesto incumplimiento de la decisión de protección contenida en la Sentencia del 19 de diciembre de 2008”.<sup>4</sup> Advierte la accionante, que no es claro, de acuerdo a lo expuesto en el acápite 1.1.1.15, si efectivamente se dio cumplimiento o no al fallo de tutela cuyo desacato se alega, pues para verificar tal cumplimiento se requerían cálculos matemáticos, los cuales no existieron. Esta fue la razón por la cual ella solicitó en su momento, que se nombrara un perito actuario.

1.1.1.18. Seguidamente, y como fundamento adicional a los ya citados, la accionante contravirtió el siguiente argumento:

“Conforme a lo anterior, mal obraría esta Sala Jurisdiccional al seguir tramitando el trámite incidental de desacato pues estaría desbordando la capacidad que tiene como juez constitucional para hacer efectivo el cumplimiento del fallo, teniendo en cuenta que esta circunstancia se ha verificado.”<sup>5</sup>

El anterior argumento resulta contradictorio para la accionante, pues recuerda que la competencia de la jurisdicción constitucional para hacer cumplir sus fallos llega precisamente hasta la verificación del cumplimiento de la orden judicial que se haya impartido.

1.1.1.19. De otra parte, y frente al argumento del Magistrado accionado en el sentido de indicar que ante la discrepancia de la accionante respecto a la decisión asumida por el ISS, ésta debía ser debatida ante la jurisdicción contenciosa administrativa, previo agotamiento de la vía gubernativa, la misma accionante anota que dicho funcionario olvidó que estas instancias judiciales ya habían sido transitadas y agotadas en su oportunidad por su difunto esposo, quien en ese momento había pedido la indexación de su mesada pensional y esta le había sido negada. Por esta razón, fue que la indexación pensional reclamada fue reconocida por vía de la acción de tutela, decisión judicial cuyo incumplimiento motivó la interposición del incidente de desacato que ahora, el mismo accionado considera ha de darse por terminado. Así, de aceptarse el argumento del magistrado Suárez Céspedes, en el sentido de tener que acudir a otra vía judicial, ello no sería correcto, por cuanto ese otro mecanismo judicial de protección de sus derechos ya no es idóneo, ni eficaz, particularmente por las condiciones personales que acompañan a la accionante quien es una persona de la tercera edad (77 años).

1.1.1.20. Un argumento adicional que propuso el accionando y que no compartió la señora Ochoa de Restrepo fue que la improcedencia de esta acción de tutela estaba dada en el hecho que de verificarse el incumplimiento de la sentencia que ordenó la indexación reclamada, ello supondría la apertura de un proceso disciplinario contra la entidad responsable, lo que se entendería como invasión “de esferas jurisdiccionales exclusivas de la vía gubernativa y del Juez Contencioso Administrativo”.

Respecto de este argumento, la tutelante señala que es precisamente ese el propósito de esta acción de tutela, pues lo que se pretende es corregir a nivel constitucional los yerros que se habían presentado por vía administrativa y de la jurisdicción ordinaria.

1.1.1.21. Finalmente, resalta la accionante los procesos o cálculos matemáticos que a la luz de los lineamientos planteados en su oportunidad en la sentencia T-098 de 2005, son necesarios para garantizar la adecuada indexación de la primera mesada pensional, cuyo reconocimiento y pago se había ordenado por sentencia de tutela.<sup>6</sup>

Considera la señora Ochoa de Restrepo que la decisión asumida por el Magistrado Leovigildo Suárez Céspedes de dar por terminado el incidente de desacato en virtud de las consideraciones atrás expuestas, se constituyen en una causal genérica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial por la configuración de un defecto fáctico.

Explica inicialmente, que de acuerdo a los criterios planteados por la Corte Constitucional para la procedencia de una acción de tutela contra providencias judiciales, dichos requisitos se cumplen plenamente en su caso particular.

1.1.2.1. Respecto de los requisitos generales de procedibilidad señala que los mismos se encuentran cumplidos así:

1.1.2.1.1. Su reclamación corresponde a una cuestión de relevancia constitucional. Explica que está exigiendo la protección constitucional del derecho a la indexación de su primera mesada pensional, a conservar el poder adquisitivo de la misma y a la efectiva tutela de los derechos fundamentales que le fueron amparados por parte de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que en su momento ordenó la indexación de la pensión originalmente reconocida a su difunto esposo.

1.1.2.1.2. Agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial. Como lo relató en los antecedentes de esta acción de tutela, esta situación se confirma tras la sentencia dictada el 19 de diciembre de 2008 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que resolvió por vía de la jurisdicción constitucional su caso, el cual ya había sido tramitado en la jurisdicción ordinaria laboral con el agotamiento de todos los recursos ordinarios e incluso el extraordinario de casación.

1.1.2.1.3. Inmediatez. Frente a este requisito señala la accionante que el hecho generador de la vulneración de sus derechos fundamentales corresponde al Auto dictado el 17 de agosto de 2010 por el magistrado aquí accionado, decisión judicial que le fue notificada por telegrama el día 3 de septiembre de ese mismo año, es decir, que la interposición de esta acción de tutela, la cual se concretó el día 12 de octubre de 2010 con el auto admisorio proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura<sup>7</sup>, lleva a concluir que la acción de tutela fue presentada en un lapso aproximado de un mes desde la ocurrencia del hecho que generó la vulneración alegada, siendo éste un término razonable.

1.1.2.1.4. Señala la accionante que la decisión judicial contra la cual se dirige esta acción de tutela plantea en cierta forma una irregularidad procesal, que bloqueó la decisión que había proferido la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en la que se ampararon sus derechos fundamentales.

1.1.2.1.5. Identificación clara y precisa de los hechos y las partes. Señala la señora Ochoa de Restrepo que en su demanda de tutela expuso de manera clara y precisa los argumentos fácticos que motivaron la iniciación de esta actuación judicial, y que de igual forma identificó de manera puntual las partes involucradas en esta actuación judicial: ella como demandante, y el Magistrado Leovigildo Suárez Céspedes como parte demandada.

1.1.2.1.6. Finalmente, es evidente que esta acción de tutela no se interpone en contra de otra tutela, pues como se advierte de los hechos atrás expuestos, la misma se propone en contra del auto por el cual se dio por terminado el incidente de desacato tramitado en contra del ISS ante el alegado incumplimiento de la sentencia de tutela que amparó el derecho a la indexación de la primera mesada pensional de la actora.

1.1.2.2. En lo que respecta a los requisitos específicos de procedencia de la acción de tutela, se puede advertir que la accionante alega en esencia la configuración de un defecto fáctico.

1.1.2.3. Considera la actora que no es posible que el magistrado accionando hubiese podido inferir, a partir del contenido de la Resolución No. 028320 de 2009 expedida por el ISS, que esa entidad había dado cumplimiento a la orden judicial impartida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura. Efecto, señaló la accionante que en dicha resolución se incluyeron datos “inventados”, pues carecen de soporte y cálculos matemáticos que justifiquen los valores allí consignados.

Por lo anterior, no resulta viable afirmar que ya se había dado cumplimiento a la sentencia de tutela cuyo incumplimiento se reclamaba por vía de un incidente de desacato.

Advierte además, que el ISS indujo a error al Magistrado accionado y a la corporación a la que éste pertenece, al exponer datos y cifras engañosas, que desafortunadamente fueron tenidas por ciertas por dicha autoridad judicial, con el convencimiento de que el ISS venía colaborando armoniosamente con la administración de justicia.

1.1.2.4. Finalmente, señala la actora que la decisión judicial controvertida configuró además la causal especial de procedibilidad por desconocimiento del precedente jurisprudencial. Anota la señora Ochoa de Restrepo que si bien la sentencia dictada el 19 de diciembre de 2008 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura acogió los fundamentos jurídicos sentados por la Corte Constitucional en torno a la indexación de la primera mesada pensional, tanto el ISS como la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia no lo hicieron, burlando de esta manera la orden de protección de los derechos fundamentales de la accionante.

## 1.2. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.2.1. Mediante escrito fechado el 15 de octubre de 2010, el Magistrado accionado, Leovigildo Suárez Céspedes dio respuesta a la presente acción de tutela en los siguientes términos:

1.2.1.1. Manifestó que dadas las características de la presente acción de tutela, a efectos de determinar su procedibilidad, debía verificarse previamente el cumplimiento de unos requisitos generales y especiales de procedencia de la acción de tutela contra una providencia judicial.

1.2.1.2. Así, en el presente caso, observa el magistrado accionado que la decisión asumida en el auto de agosto 17 de 2010, en la que dio por terminado el incidente de desacato, no se incurrió en ningún tipo de vulneración de los derechos fundamentales de la señora Ochoa de Restrepo. Resalta el señor Suárez Céspedes que en el referido fallo se hizo un análisis detenido, tanto de la sentencia de tutela que amparó los derechos de la accionante, como de la Resolución No. 028320 de octubre 7 de 2009, en la cual el ISS de manera motivada y respetando los parámetros de la sentencia de tutela, procedió a liquidar la pensión a la accionante, dando así cumplimiento al fallo de tutela que obligaba a dicha entidad a realizar tal reconocimiento pensional.

1.2.1.3. El magistrado accionado señala por demás, que “para el suscrito no es procedente traspasar la esfera funcional asignada a esta Magistratura, como lo persigue la accionante - en el sentido de realizar una aprobación o improbación de la indexación efectuada por parte del Instituto de los Seguros Sociales en la Resolución No. 028320 de 2009, por cuanto esto significaría invadir esferas jurisdiccionales exclusivas de la vía gubernativa en cabeza del

Instituto del Seguro Social y de la vía judicial representada por el Juez Contencioso Administrativo.” 8

1.2.1.4. Por lo tanto, las objeciones que tengan relación con la tasación del monto de la indexación y de otras sumas adeudadas por el ISS a la accionante y demás herederos del señor Restrepo Cardona, no pueden ser discutidas en el trámite de un incidente de desacato. Por el contrario, lo que tenía que ser analizado era si la orden judicial dictada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se había cumplido, situación que fue resuelta en el auto del 17 de agosto de 2010.

1.2.1.5. Así, advertido igualmente que el trámite surtido por dicho incidente de desacato se encuentra libre de cualquier tipo de vicio, irregularidad o arbitrariedad, la presente acción de tutela tampoco resulta viable por cuanto lo que debió ser discutido en dicho incidente se hizo y se agotó precisamente en dicha instancia. Por lo anterior, el magistrado Suárez Céspedes aclara que no todas las inconformidades que tengan los sujetos intervinientes en una actuación judicial son susceptibles de debate a través de la acción de tutela. Por ello, advierte que verificado el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la presente acción de tutela contra providencias judiciales, se observa que estos no se cumplen en el presente caso, además de no evidenciarse vulneración alguna de los derechos fundamentales de la señora Ochoa de Restrepo.

### 1.3. PRUEBAS DOCUMENTALES OBRANTES DENTRO DEL EXPEDIENTE

Obran en el expediente, entre otras, las siguientes:

1.3.1. Copia de la partida de bautismo de la señora Olga Ochoa de Tamayo en la cual se puede verificar que nació el 4 de junio de 1933, contando para la fecha de interposición de esta acción de tutela con 77 años de edad (folio 16, del cuaderno principal del expediente de tutela).

1.3.2. Fotocopia de la demanda ordinaria laboral que interpusiera el señor Guillermo Omar Restrepo Cardona en contra del Instituto de Seguros Sociales el 30 de septiembre de 2004 en la que solicitó la indexación de la primera mesada pensional reconocida por esa entidad por Resolución No. 1287 de 2003 (folios 17 a 20 del cuaderno principal del expediente de tutela).

1.3.3. Copia de la Partida de bautismo del señor Guillermo Omar Restrepo Cardona en la cual se puede verificar que nació el 10 de septiembre de 1929, contando para la fecha de presentación de la anotada demanda ordinaria laboral con 75 años de edad (folio 16, del cuaderno principal del expediente de tutela).

1.3.4. Copia de la certificación expedida por la Notaria 12 de Medellín que certifica que el señor Guillermo Omar Restrepo Cardona y la señora Olga Ochoa Tamayo habían contraído matrimonio el 1° de octubre de 1956. Obra igualmente copia de un carné del señor Restrepo Cardona expedido el 3 de agosto de 1968 (folios 20 y 21, del cuaderno principal del expediente de tutela).

1.3.5. Fotocopia de la Resolución No. 001287 del 24 de febrero de 2003 por la cual el ISS reconoció al señor Restrepo Cardona su pensión de vejez (folio 41, del cuaderno principal del expediente de tutela).

1.3.6. Fotocopia del recurso de reposición y apelación interpuesto por el señor Restrepo Cardona en contra de la resolución que le reconoció la pensión de vejez, en la que se anota que dicho documento fue recibido el 24 de abril de 2003 (folio 25, del cuaderno principal del expediente de tutela).

1.3.7. Fotocopia de la Resolución No. 2724 del 25 de febrero de 2005 por la cual el ISS resolvió no reponer la resolución No. 001287 de 2003 que había reconocido la pensión de vejez del señor Restrepo Cardona (folios 26 y 27, del cuaderno principal del expediente de tutela).

1.3.8. Fotocopia de la Resolución No. 12248 sin fecha<sup>9</sup> por la cual el ISS resolvió no modificar la resolución No. 001287 de 2003 que había reconocido la pensión de vejez del señor Restrepo Cardona (folios 28 a 31, del cuaderno principal del expediente de tutela).

1.3.9. Copia del Registro Civil de Defunción del señor Guillermo Omar Restrepo Cardona en el que consta que su fecha de defunción fue el 23 de marzo de 2007 (folio 68 del cuaderno principal del expediente de tutela).

1.3.10. Fotocopia de la Resolución No. 012843 de julio 14 de 2008 por la cual el ISS reconoce la pensión de sobreviviente a la señora Olga Ochoa de Restrepo, a raíz del fallecimiento del

señor Guillermo Omar Restrepo Cardona (folios 69 y 70, del cuaderno principal del expediente de tutela).

1.3.11. Fotocopia de la sentencia de tutela proferida el 19 de diciembre de 2008 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en la cual amparó los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la protección de las personas de la tercera edad de la señora Olga Ochoa de Restrepo. Dicho fallo ordenó al ISS indexar la primera mesada pensional de la señora Ochoa de Restrepo de acuerdo a la fórmula establecida en la sentencia T-098 de 2005 proferida por la Corte Constitucional (folios 72 a 88, del cuaderno principal del expediente de tutela).

1.3.12. Fotocopia de la solicitud de apremio presentada por el apoderado de la señora Ochoa de Restrepo a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia de fecha 9 de julio de 2009 en la que se pide requerir al ISS para que dé cumplimiento a la sentencia del 19 de diciembre de 2008 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que ordenó la indexación de la primera mesada pensional de la accionante (folio 87 del cuaderno principal del expediente de tutela).

1.3.13. Fotocopia del Auto del 18 de agosto de 2009 por el cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia dio trámite al incidente de desacato promovido por la señora Ochoa de Restrepo ante el incumplimiento por parte del ISS de la orden judicial de indexar la primera mesada pensional. En este auto el Consejo Seccional solicitó información al ISS a fin de verificar si ya había dado cumplimiento a la referida orden judicial (folios 93 a 95, del cuaderno principal del expediente de tutela).

1.3.14. Auto del 9 de septiembre de 2009 por el cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia dio trámite a la petición de apremio que le presentara la señora Ochoa de Restrepo ante el incumplimiento por parte del ISS de la orden judicial dictada en su contra, de indexar la primera mesada pensional de la accionante. En este auto el Consejo Seccional solicitó información al ISS a fin de verificar si ya había dado cumplimiento a tal orden judicial (folios 93 a 95, del cuaderno principal del expediente de tutela).

1.3.15. Fotocopia incompleta de la Resolución No. 028320 de octubre 7 de 2009 por la cual el

ISS resuelve dar cumplimiento a la sentencia dictada en su contra el 19 de diciembre de 2009 en la que se le ordenó indexar la primera mesada pensional de la señora Ochoa de Restrepo (folios 103 a 106, del cuaderno principal del expediente de tutela. Copia completa de esa misma resolución obra a folios 125 a 128 del mismo cuaderno del expediente de tutela).

1.3.16. Fotocopia de escrito del 15 de octubre de 2009 por el cual la señora Olga Ochoa de Restrepo pide continuar con el incidente de desacato en tanto considera que la anotada resolución no cumple con la orden impartida por el Consejo Superior de la Judicatura ni con los lineamientos de indexación de primera mesada pensional contenidos en la sentencia T-098 de 2005 de la Corte Constitucional (folios 107 a 124, del cuaderno principal del expediente de tutela).

1.3.17. Copia del oficio por el cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia de fecha 26 de marzo de 2010 por el cual notifica al señor Orlando de Jesús Correa el auto de enero 8 de 2010, en el que es nombrado perito en el proceso de tutela de la señora Olga Ochoa de Restrepo contra el ISS. Se adjunta copia de la diligencia de posesión del perito y de la notificación de tal nombramiento al ISS (folios 129 a 132, del cuaderno principal del expediente de tutela).

1.3.18. Fotocopia del peritazgo rendido por el señor Orlando de Jesús Correa de fecha 4 de junio de 2010. En este documento el perito nombrado para el presente caso, resumió en un último acápite, a título de conclusión, los valores por él obtenidos luego de realizar la correspondiente indexación de la primera mesada pensional de la señora Ochoa de Restrepo.<sup>10</sup> Al anterior documento se acompañaron certificación del DANE con los índices de precios al consumidor históricos y acumulados con base de diciembre de 2008, y la tabla de cálculo de la diferencia indexada entre lo que el ISS debió pagar y lo que efectivamente pagó (folios 133 a 167, del cuaderno principal del expediente de tutela).

1.3.19. Copia del auto de fecha 28 de junio de 2010 y de la notificación de fecha 2 de julio por los cuales la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia corrió traslado del referido peritazgo a las partes, así como notificación de dicho auto al ISS.

1.3.20. Fotocopia del escrito emitido por el ISS, de fecha 6 de julio de 2010, por el cual objetó

el dictamen pericial que se dictó en el presente proceso, en el que señala inicialmente que el índice de precios al consumidor a tener en cuenta para la indexación reclamada ha de ser el de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, del 1° de abril de 1994 y no el del 15 de junio de 1981, fecha de retiro del señor Restrepo Cardona de su trabajo en el BIC. Otro escrito del 8 de julio del mismo año, en el que el ISS solicitó se revocara el incidente de desacato iniciado en su contra, por considerar que ya había dado cumplimiento a la orden judicial dictada en su contra (folios 107 a 124, del cuaderno principal del expediente de tutela).

1.3.21. Fotocopia de recurso de reposición y apelación presentado el 20 de agosto de 2010 por el apoderado de la señora Ochoa de Restrepo, en contra del auto del 17 de agosto de ese mismo año, en el que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia dio por terminado el incidente de desacato ya anotado (folios 192 a 198, del cuaderno principal del expediente de tutela).

1.3.22. Fotocopia del auto de fecha 31 de agosto de 2010 por el cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia rechazó los recursos de reposición y apelación propuestos por el apoderado de la señora Ochoa Restrepo y que fueran interpuestos en contra del auto que dio por terminado el incidente de desacato, por ser improcedentes (folios 200 a 202, del cuaderno principal del expediente de tutela).

#### 1.4. DECISIONES JUDICIALES

##### 1.4.1. Decisión de primera instancia

Mediante sentencia proferida el 26 de octubre de 2010, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia resolvió tutelar el derecho al debido proceso de la señora Olga Ochoa de Restrepo. Para ello, ordenó dejar sin efecto la decisión judicial proferida por la Sala Unitaria conformada por el Magistrado Leovigildo Suárez Céspedes, miembro de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura.

El a quo realizó inicialmente un recuento de las actuaciones adelantadas en el trámite del incidente de desacato promovido por la señora Ochoa de Restrepo, en las que reclamó del ISS el cumplimiento de la sentencia de tutela proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el 19 de diciembre de 2008. Seguidamente, esta

instancia judicial hizo las siguientes dos breves consideraciones como fundamentos para su decisión:

(i) Reseñó el juez de tutela que el magistrado accionado, luego de advertir que el haber autorizado la práctica de un dictamen pericial durante el trámite del incidente de desacato, era una actuación abiertamente improcedente, en tanto la respuesta dada por el ISS daba por cumplida la orden judicial de indexar la mesada pensional de la accionante, no era posible aceptar que aquella actuación prosiguiese su curso, en tanto estaba viciada con una irregularidad procesal, y porque al ser un trámite accesorio, debía correr la suerte de lo principal, es decir, de que ya se daba por cumplido el fallo cuyo incumplimiento se reclamaba. Por ello, ordenó dejar sin efecto todos los autos concernientes a la designación y nombramiento del perito, así como el que corrió traslado del peritaje a las partes.

(ii) Finalmente, advierte el a quo que la decisión objeto de controversia en esta acción de tutela fue decidida por una Sala Unitaria, lo que no es correcto pues esta debió resolverse en Sala Dual. Por ello, señaló que “en aras de respetar los derechos de (sic) accionante, procedente resulta entonces ordenar que la decisión de fecha agosto 17 de 2010, quede sin efecto hice (sic) proceda a tramitarse en sala dual y como consecuencia de ello se tutele el derecho al debido proceso”.<sup>11</sup>

Con fundamento en esta última consideración, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia concedió el amparo constitucional del derecho al debido proceso de la señora Ochoa de Restrepo, y ordenó que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia con ponencia del Magistrado Leovigildo Suárez Céspedes, procediera a subsanar la irregularidad anotada respecto del incidente de desacato propuesto por la accionante.

#### 1.4.2. Impugnación

Dentro de la oportunidad legal prevista, el apoderado de la accionante impugnó la anterior decisión exponiendo para ello los siguientes argumentos:

1.4.2.1. Señala que la orden dada por el juez de primera instancia en la presente acción de tutela, en nada protege el derecho fundamental al debido proceso de la accionante. Advierte,

que la decisión que en su momento produjo el magistrado accionado, en el sentido de afirmar que tras un detenido análisis de la Resolución No. 028320 de octubre 7 de 2009, pudo concluir que el ISS había dado cumplimiento a la sentencia de tutela que amparó el derecho a la indexación de la primera mesada pensional de la accionante (diciembre 19 de 2008), es el mismo argumento que expuso después, al dar respuesta a la presente acción de tutela. Así, resulta más que previsible suponer cuál habrá de ser la nueva decisión que profiera el referido magistrado.

1.4.2.2. De otra parte, señala la actora, que de manera alguna es posible dar por hecho que el ISS hubiese cumplido el fallo de tutela que ordenó indexar su pensión, pues en la sentencia de tutela que ahora se impugna no se analizó el fondo del asunto. Así, no es entendible porqué no se aceptan los cálculos por ella propuestos para la indexación de la primera mesada pensional, o los sugeridos en el peritazgo tramitado judicialmente. Finalmente, se indica que la sentencia que se impugna no protegió a la señora Ochoa de Restrepo en sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al acceso a la administración de justicia, a la seguridad social, a la igualdad, a la protección especial de las mujeres y a las personas de la tercera edad.

#### 1.4.3. Decisión de segunda instancia

Mediante sentencia proferida el 1° de diciembre de 2010, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resolvió revocar la sentencia de primera instancia que había amparado el derecho al debido proceso de la señora Olga Ochoa de Restrepo. En su lugar, declaró improcedente dicha acción de tutela, por las consideraciones que a continuación se exponen.

Señaló el ad quem que si bien la accionante orienta esta acción de tutela en contra del auto del 17 de agosto de 2010 por el cual el magistrado accionado dio por terminado el incidente de desacato, el inconformismo de la señora Ochoa de Restrepo es contra la Resolución No. 028320 de octubre 9 de 2009 del ISS, en la cual dicha entidad manifiesta haber dado cumplimiento a la sentencia de tutela que había ordenado la indexación de su primera mesada pensional.

Visto lo anterior, advierte el juez de segunda instancia que el inconformismo de la accionante se orienta precisamente a controvertir el contenido mismo de la Resolución No. 028320 de

octubre 7 de 2009 expedida por el ISS, razón por la cual, la presente acción de tutela resulta improcedente en tanto existen otras vías judiciales para controvertir dicho acto.

Así, considera el ad quem que el debate que deberá adelantar la accionante, habrá de tramitarse ante la jurisdicción contenciosa administrativa, instancia en la cual podrá reclamar el restablecimiento de sus derechos, solicitando incluso, la suspensión provisional del acto administrativo cuestionado.

Por lo anterior, no es aceptable que el juez constitucional entre a reemplazar al juez de conocimiento de la acción contenciosa, máxime cuando no se ha demostrado perjuicio irremediable alguno.

Por estas circunstancias se procedió a revocar, y en su lugar a declarar como improcedente la presente acción de tutela.

## 2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

### 2.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

### 2.2. PROBLEMA JURÍDICO

2.2.1. Manifiesta la señora Olga Ochoa de Restrepo que el ISS mediante Resolución No. 1287 del 24 de febrero de 2003, había reconocido a su difunto esposo, Guillermo Omar Restrepo Cardona, la pensión de vejez. En tanto la referida pensión no fue indexada, ello llevó a que el señor Restrepo adelantará y agotará todas las actuaciones a su alcance; tanto por vía gubernativa ante el ISS, como por vía judicial en un proceso ordinario laboral que surtió todas las instancias, incluido el recurso extraordinario de casación, siendo negada en todas las instancias. Con todo, la señora Olga Ochoa de Restrepo, ya como cónyuge supérstite, y titular de la pensión por sustitución, interpuso acción de tutela para reclamar la indexación de la primera mesada pensional.

Así, mediante fallo de segunda instancia proferido el 19 de diciembre de 2008, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura amparó los derechos fundamentales de la señora Ochoa de Restrepo, y ordenó al ISS indexar la primera mesada pensional en los términos dispuestos por la Corte Constitucional en su sentencia T-098 de 2005.

2.2.2. Tras el incumplimiento por parte del ISS de la sentencia de tutela dictada en su contra, la accionante interpuso el respectivo incidente de desacato cuyo trámite correspondió adelantar a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, juez de primera instancia de la tutela que en segunda instancia amparó sus derechos fundamentales.

Sin embargo, luego de que el magistrado de la Sala Jurisdiccional Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, Leovigildo Suárez Céspedes aceptara practicar un dictamen pericial con el fin de aclarar el punto acerca de la liquidación de la indexación de la primera mesada pensional, y de que diera traslado del mismo a las partes para que se pronunciaran sobre éste, resolvió dar por terminado el referido incidente de desacato. Explicó que luego de revisar la Resolución No. 28320 del 7 de octubre de 2009 dictada por el ISS, en la que se afirmaba que ya se había cumplido la sentencia de tutela que ordenaba indexar la primera mesada pensional de la accionante, concluyó que en efecto se había dado alcance a la orden judicial ya anotada. De esta manera, el magistrado accionado además de ordenar la terminación del incidente de desacato, dejó sin efecto todas las actuaciones por las cuales aceptó nombrar, posesionar y correr traslado del dictamen pericial sugerido por la accionante.

2.2.3. Ante esta decisión, la accionante interpuso la presente acción de tutela pues consideró que la posición asumida por el Magistrado Leovigildo Suárez Céspedes se constituye en una causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto la misma incurrió en un defecto fáctico. Explicó que resulta imposible que el magistrado accionando hubiese podido dar por cumplida la sentencia judicial que había ordenado indexar su mesada pensional, cuando quiera que la Resolución No. 28320 del 7 de octubre de 2009 dictada por el ISS no contiene cálculo matemático alguno que permita soportar los valores pensionales allí consignados. Señala que incluso esas cifras no son correctas y que las mismas “aparecen” sin justificación alguna de su origen y método empleado para su

obtención.

Por tal motivo la accionante solicita en la presente acción de tutela, que se deje sin efecto el auto del 17 de agosto de 2010, y en su lugar, se dicte uno nuevo en el que se tenga en cuenta los criterios jurídicos contenidos en la sentencia que amparó su derecho a la indexación de la primera mesada pensional, así como los lineamientos que para alcanzar tal indexación estableció la Corte Constitucional en la sentencia T-098 de 2005.

2.2.4. Los jueces de tutela resolvieron esta acción de tutela en los siguientes términos: en primera instancia se concedió el amparo constitucional sólo respecto del derecho al debido proceso, pues consideró que la decisión no debió ordenar la práctica de un peritazgo, y porque la decisión se produjo en Sala Unitaria, debiendo ser en Sala Dual. En segunda instancia, se revocó la decisión de primera instancia, y en su lugar declaró la improcedencia de la misma, pues consideró que en tanto la discrepancia de la accionante recaía sobre el contenido de la Resolución No. 28320 del 7 de octubre de 2009 dictada por el ISS, la vía judicial para resolver tal diferencia es la contenciosa administrativa, en la que podrá reclamar el restablecimiento de sus derechos, y solicitar incluso, como medida cautelar, la suspensión provisional del acto cuestionado.

Lo descrito en precedencia muestra que el problema jurídico que corresponde resolver a la Sala se circunscribe a determinar si efectivamente el auto de fecha 17 de agosto de 2010 por el cual el Magistrado Leovigildo Suárez Céspedes dio por terminado el incidente de desacato tramitado por la señora Olga Ochoa de Restrepo, se erige como una causal de procedibilidad de la acción de tutela por haber incurrido en un defecto fáctico, prolongando la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante.

2.2.5. Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala debe estudiar: primero, la naturaleza y alcance del incidente de desacato como recurso para lograr el efectivo cumplimiento de un fallo de tutela, así como la procedencia de la acción de tutela contra la decisión que pone fin a este; segundo, la procedencia excepcional de la acción de tutela para discutir providencias judiciales; tercero, la caracterización del defecto fáctico como causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; y cuarto, con base en esos elementos, decidir si para el caso concreto de la señora Olga Ochoa de Restrepo, la acción de tutela resulta procedente.

## 2.3. NATURALEZA DEL INCIDENTE DE DESACATO

2.3.1. El Decreto 2591 de 1991 dispone el marco legal del incidente de desacato al establecer lo siguiente:

“Artículo 52. Desacato. La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto, incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis (6) meses y multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción.”

“Artículo 27. (...) El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia (...)”

Como se observa, las citadas normas definen la naturaleza jurídica y establecen el marco normativo del incidente de desacato, así como el trámite incidental especial por el cual éste se tramita. Si bien contra la decisión que resuelve dicho incidente no procede el recurso de apelación, se estableció el grado jurisdiccional de consulta en el efecto suspensivo, cuando quiera que por vía de dicho incidente se imponga alguna de las sanciones contempladas por el artículo 52 citado.

2.3.2. Ahora bien, dicho incidente de desacato se tramitará a petición de parte, y se adelantará cuando se alegue el incumplimiento de una orden judicial impartida al interior de una sentencia de tutela que haya hecho tránsito a cosa juzgada<sup>12</sup>. De esta manera, el incidente de desacato surge como un instrumento procesal por el cual se da plena garantía al derecho constitucional de acceso a la administración de justicia del accionante (art. 229 C.P.), en tanto se orienta a la materialización de la decisión judicial dictada en sede de tutela, pues no es suficiente el que las personas logren la protección de sus derechos fundamentales por vía de la acción de tutela, sino que además se le debe proveer de los mecanismos que hagan efectiva la orden proferida por el juez de tutela.<sup>13</sup>

Así, el juez constitucional en uso de poderes disciplinarios deberá verificar si dicho incumplimiento es cierto, pero éste no podrá, en principio, modificar el contenido sustancial de la orden proferida o redefinir los alcances de la protección concedida<sup>14</sup>. Sin embargo, y solo de manera excepcional, el juez de tutela que conozca del incidente de desacato o la consulta<sup>15</sup> podrá introducir órdenes adicionales a las originalmente impartidas o realizar ajustes a la orden inicial, si ésta es imposible de cumplir o se demuestra que la misma es absolutamente ineficaz en la protección del derecho fundamental amparado<sup>16</sup>. En estas circunstancias, el juez no podrá desconocer bajo ninguna circunstancia el principio de la cosa juzgada<sup>17</sup>.

2.3.3. En lo que respecta al trámite de incidente de desacato, éste, al igual que cualquier otra actuación judicial, debe respetar las garantías del debido proceso y el derecho de defensa de quien se afirma ha incurrido en desacato<sup>18</sup>. Con todo, quien sea acusado de incumplir una orden judicial, no podrá aducir la ocurrencia de hechos nuevos como causal para haberse sustraído a tal obligación judicial<sup>19</sup>.

En cuanto al ámbito de acción del juez que conoce del incidente de desacato, este debe partir de lo decidido en la sentencia, y en especial, de la parte resolutive del fallo cuyo incumplimiento se alega, a fin de determinar de manera prioritaria los siguientes elementos:

- (i) a quién estaba dirigida la orden;
- (ii) cuál fue el término otorgado para ejecutarla;
- (iii) y cuál es el alcance de la misma.

2.3.4. Tras verificarse estos elementos, el juez del desacato podrá entrar a determinar si en efecto la orden judicial por él revisada fue o no cumplida por el destinatario de la misma (conducta esperada)<sup>20</sup>. Lo anterior conlleva a que el incidente de desacato puede concluir de diferentes maneras:

- (i) En primer lugar, dando por terminado el incidente por haberse encontrado que el fallo cuyo incumplimiento se alega fue efectivamente acatado en debida forma y de manera oportuna por el destinatario de la orden.

(ii) En segundo lugar, se continúa con el trámite del incidente de desacato de comprobarse que en efecto subsiste el incumplimiento, en cuyo caso el juez de tutela deberá “identificar las razones por las cuales se produjo, con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho, y si existió o no responsabilidad subjetiva de la persona obligada.”<sup>21</sup>

Ahora bien, cuando en el trámite del incidente de desacato se confirma que la orden judicial no ha sido acatada por el obligado, esta sola circunstancia genera varias situaciones judiciales distintas: (i) la reiteración de la orden judicial incumplida por parte del juez de desacato, en cuyo caso, podrá, solo de manera excepcional, contemplar algunos cambios o ajustes a dicha orden, con la única finalidad de lograr el efectivo cumplimiento de la misma. Así, no solo se procura dar cumplimiento a una orden judicial, sino que además, se alcanza el fin primordial de la acción de tutela, cual es lograr la garantía y protección efectiva de los derechos fundamentales conculcados.

Así mismo, otro de los efectos del desacato es (ii) la imposición de las sanciones de arresto y/o multa que se contemplan en el Decreto 2591 de 1991. A diferencia de las sanciones penales, las contempladas en el incidente de desacato se encaminan en esencia a lograr la eficacia en el cumplimiento de las órdenes impartidas por el juez de amparo<sup>22.23</sup>

Por ello, el apremio que supone la imposición de una sanción por desacato puede llevar a que el accionado se persuada en cumplir la orden de tutela a él impuesta. Frente a ese panorama, si el trámite de desacato ya inició o el mismo se ha adelantado en gran medida, la imposición de alguna de las sanciones contempladas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, podrá evitarse, si en el transcurso de dicho trámite se verifica que el fallo se ha cumplido.

2.3.5. Como parte del trámite del incidente de desacato se contempla igualmente la consulta, como un grado de jurisdicción que procede sin necesidad de solicitud de ninguna de las partes comprometidas en el proceso y, en ese sentido, es un mecanismo automático que lleva al juez de nivel superior a establecer la legalidad de la decisión adoptada por el inferior, generalmente con base en motivos de interés público o con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica de que se trata.<sup>24</sup> En el caso de la consulta del incidente de desacato, la situación de debilidad radica en cabeza de la persona a quien se le

impone la sanción de multa o privación de la libertad por el incumplimiento de la orden de tutela. Al tener como finalidad establecer la legalidad del auto consultado, su estudio se debe limitar a esta providencia, y no más, siendo imposible que su estudio de legalidad recaiga sobre la providencia de tutela cuyo incumplimiento se alega<sup>25</sup>.

2.3.6. Finalmente, debe resaltarse que para asegurar que las órdenes judiciales impartidas en sede de tutela se acaten, debe hacerse clara diferenciación entre el incidente de desacato y el cumplimiento del fallo. En efecto, debe partirse del hecho de que todo desacato implica incumplimiento pero no todo incumplimiento conlleva a un desacato. Sobre el particular, vale la pena citar la sentencia T-458 de 2003 de la Corte Constitucional la cual sintetizó las diferencias entre estas dos figuras jurídicas:

“Las diferencias entre el desacato y el cumplimiento son las siguientes:

i.) El cumplimiento es obligatorio, hace parte de la garantía constitucional; el desacato es incidental, se trata de un instrumento disciplinario de creación legal.

ii.) La responsabilidad exigida para el cumplimiento es objetiva, la exigida para el desacato es subjetiva.

iii.) La competencia y las circunstancias para el cumplimiento de la sentencia se basan en los artículos 27 y 23 del decreto 2591 de 1991. La base legal del desacato está en los artículos 52 y 27 del mencionado decreto. Es decir que en cuanto al respaldo normativo, existen puntos de conjunción y de diferencia.

iv.) El desacato es a petición de parte interesada; el cumplimiento es de oficio, aunque puede ser impulsado por el interesado o por el Ministerio Público.”

En conclusión, (i) el cumplimiento es de carácter principal pues tiene su origen en la Constitución y hace parte de la esencia misma de la acción de tutela, bastando una responsabilidad objetiva para su configuración. (ii) El desacato es una figura accesoria de origen legal que demanda una responsabilidad de tipo subjetivo, consistente en que el solo incumplimiento del fallo no da lugar a la imposición de la sanción, ya que es necesario que se pruebe la negligencia de la persona que debe cumplir la sentencia de tutela.

2.4. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA CONTRA LA PROVIDENCIA QUE PONE FIN AL

## INCIDENTE DEL DESACATO.

(i) se demuestre la existencia de una de las causales de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales, y que

(ii) el trámite del incidente haya finalizado con decisión debidamente ejecutoriada.

Como lo ha considerado la jurisprudencia de esta Corporación<sup>26</sup> en relación con la procedencia de la acción de tutela contra los incidentes de desacato cuando se advierta que se está frente a una vía de hecho, ya sea porque el juez que conoce de dicho desacato, extralimita su competencia y función judicial, ya sea porque desconoce el derecho de defensa de las partes, o porque resuelve imponer una sanción que resulta arbitraria.<sup>27</sup>

Ahora bien, al igual que en el caso de las providencias judiciales, la acción de tutela procederá de manera excepcional cuando esta se promueva en contra de la actuación judicial que resuelva un incidente de desacato, siempre y cuando en el trámite de éste último se advierta y demuestre que tal decisión judicial se constituye en una causal de procedibilidad de la acción de tutela, en tanto afecta derechos constitucionalmente protegidos. Así, no debe olvidarse que sin importar si se trata de una acción de tutela o de un desacato deberá estar demostrada la vía de hecho, y verificado el cumplimiento de los demás requisitos que la jurisprudencia ha desarrollado al respecto.

En el caso de la acción de tutela contra la decisión que resuelve un incidente de desacato, la jurisprudencia constitucional ha establecido una condición de cumplimiento de unos requisitos especiales:

“(…) que las razones que el peticionario exponga en su escrito de tutela deben ser coherentes con los argumentos esgrimidos durante el incidente y que las pruebas que pretenda hacer valer hayan sido solicitadas, conocidas o analizadas en la etapa incidental porque de lo contrario la tutela no sería procedente en tanto que ésta no puede ser utilizada como un remedio procesal ante la desidia o negligencia del interesado.

En la acción de tutela no es admisible alegar cuestiones que debieron haber sido debatidas en el desacato o circunstancias nuevas que no fueron manifestadas en su momento y menos solicitar la práctica de pruebas no pedidas durante el trámite incidental. Esto en atención a

que -se reitera- la tutela no es un mecanismo alternativo de los procesos judiciales ni puede ser utilizada para remediar falencias del actor durante el trámite del proceso ordinario”.

En suma, amén de las condiciones generales de procedibilidad de la acción de tutela y de las específicas para solicitar el amparo contra una providencia judicial, la prosperidad de una acción de tutela contra una decisión adoptada en el incidente de desacato requiere que el trámite incidental haya finalizado. En relación con el demandante se ha precisado que (i) sus argumentos en el trámite del incidente de desacato y en la acción de tutela contra éste deben ser coherentes y no deben contradecirse;(ii) no le es dado presentar asuntos nuevos pues el momento procesal para argumentarlos es en el mismo incidente de desacato; y (iii) no puede pedir o presentar pruebas que no fueron originalmente solicitadas y que el juez no estaba obligado a practicar oficiosamente”. (Negrilla y subraya fuera del texto original).<sup>28</sup>

De esta manera, al ser el incidente de desacato una providencia judicial en la cual se debe respetar el debido proceso, también procede contra éste la tutela cuando se evidencie la existencia de una vía de hecho.<sup>29</sup>

Así, luego de verificarse el cumplimiento de los anteriores requisitos para que proceda de la acción de tutela contra la decisión judicial que resuelve un incidente de desacato, es pertinente entrar a verificar que se cumplan los requisitos que de manera general ha establecido la jurisprudencia constitucional para la procedencia de una acción de tutela contra una actuación judicial. Serán entonces esos fundamentos jurídicos los que se pasará a explicar a continuación.

## 2.5. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

2.5.1. La Constitución Política dispone en su artículo 86 que la acción de tutela es un mecanismo judicial preferente y sumario por medio del cual se puede acceder a la protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales. Sin embargo, se aclara que éste es un mecanismo judicial de carácter subsidiario<sup>30</sup> al que se acude en ausencia de otros medios ordinarios de defensa, o cuando existiendo estos, dicha acción de tutela se tramite como mecanismo transitorio de defensa judicial para evitar un perjuicio irremediable<sup>31</sup>.

Estos planeamientos confirman el supuesto de que la acción de tutela no es una vía judicial

adicional o paralela<sup>32</sup> a los mecanismos judiciales previstos por el Legislador, como tampoco puede ser tenido por las partes como el recurso de último minuto al que pueden acudir para corregir los errores en los que hayan incurrido, o para revivir términos ya fenecidos a consecuencia de su propia incuria procesal<sup>33</sup>.

De otra parte debe señalarse que si bien en sentencia C-543 de 1992<sup>34</sup> la Corte Constitucional declaró la inexecutable de los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991 que señalaban en su momento, la procedencia de la acción de tutela contra sentencias ejecutoriadas, en otro aparte de la misma providencia, se indicó que la acción de tutela procedería, solo de manera excepcional, contra decisiones judiciales que en apariencia estuvieran revestidas de la forma jurídica de una sentencia.

2.5.2. En consideración a lo anterior, queda claro que la justificación para interponer una acción de tutela en contra de una decisión judicial está dada en la protección constitucional que ofrece a los derechos fundamentales (Art. 86 C.P.)<sup>35</sup>. Así mismo, la acción de tutela da garantía de pleno respeto al principio a la seguridad jurídica el cual debe estar presente en las decisiones que profieren las autoridades del Estado, incluidas las judiciales (Art. 2 C.P.), particularmente cuando éstas desconocen preceptos constitucionales y legales.<sup>36</sup>

Por lo anterior, a pesar de que las actuaciones de las autoridades judiciales están soportadas en los principios de autonomía, independencia, acceso a la justicia y legalidad, y que las mismas se ajustan a las disposiciones que protegen los derechos constitucionales y legales de todos, la Corte Constitucional ha advertido, que en algunos casos, dichas decisiones judiciales desconocen los derechos fundamentales, por lo que estos pronunciamientos, que en principio son tenidos como verdaderas vías de derecho, dejan de serlo y pasan a convertirse en auténticas vías de hecho.

Es así como, a partir de las sentencias T-07937 y T-158 de 1993<sup>38</sup>, esta Corporación desarrolló el concepto de vía de hecho, el cual fue entendido en un principio como la decisión “arbitraria y caprichosa” del juez que resuelve un asunto sometido a su consideración, por lo que la providencia resulta manifiesta y evidentemente contraria a las normas que rigen el caso concreto, o a las pruebas que se hallan en el expediente.

2.5.3. Posteriormente, en sentencia T-231 de 1994<sup>39</sup> esta Corporación identificó los defectos que permitirían estimar cuando una providencia judicial es realmente una vía de hecho.

Dichos defectos son los siguientes:

(i) defecto sustantivo, es el que se presenta cuando la decisión se adopta en consideración con una norma indiscutiblemente inaplicable;

(ii) defecto fáctico, el que ocurre cuando el juez falla sin el sustento probatorio suficiente para aplicar las normas en que se funda la decisión;

(iii) defecto orgánico, se presenta cuando el juez profiere su decisión sin tener competencia para hacerlo; y,

(iv) defecto procedimental cuando el juez actúa desconociendo el procedimiento o el proceso debido para cada actuación.

2.5.4. Transcurridos varios años, el concepto de vía de hecho se decantó, y evolucionó hacia una noción más amplia denominada “causales genéricas de procedibilidad de la acción”. Así, en sentencia C-590 de 2005, la Sala Plena de esta Corporación dejó en claro que la tutela procedería contra providencias judiciales ejecutoriadas, siempre y cuando se cumpliera con unas causales generales de procedibilidad y se comprobara de otra parte, la configuración de alguna de las causales específicas de procedibilidad de esta acción constitucional.

Así, los requisitos generales de procedencia de la tutela fueron sintetizados en la sentencia C-590 de 2005, en los siguientes términos:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus

derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.”

En cuanto a las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias, ese mismo fallo las resumió así:

“Para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia

impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

h. Violación directa de la Constitución.

Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales”

2.5.5. Conforme a lo expuesto, la acción de tutela procede contra decisiones judiciales, como la que ahora se acusa, siempre y cuando éstas violen derechos fundamentales y con ello se demuestre que se ha configurado alguna de las causales especiales de procedibilidad de la

acción constitucional. Por esas razones, en el análisis del caso concreto, la Sala procederá a estudiar si la providencia dictada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, que dio por terminado el incidente de desacato promovido por la señora Olga Ochoa de Restrepo, vulnera sus derechos fundamentales en los términos señalados en la sentencia C-590 de 2005, y se advierta que esta situación pueda superarse mediante la presente acción de tutela.

De esta manera, vistos los hechos expuestos por la accionante, esta Sala de Revisión procederá a analizar si la decisión judicial asumida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de fecha 17 de agosto de 2010 vulneró los derechos fundamentales de la señora Ochoa de Restrepo, en especial su derecho al debido proceso y si dicha decisión judicial se encuentra incurso en la alegada causal de procedibilidad por configuración del defecto fáctico, razón por la cual se pasará a exponer de manera detallada el contexto jurisprudencial que explica esta causal.

## 2.6. DETERMINACIÓN DEL DEFECTO FÁCTICO COMO CAUSAL ESPECÍFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

2.6.1. Ha sido clara esta Corporación en señalar que la interposición de una acción de tutela contra una providencia judicial por haberse configurado un defecto fáctico,<sup>41</sup> se limitará a verificar la manifiesta actuación arbitraria o abusiva del funcionario judicial. No sería aceptable extender dicho análisis a procesos interpretativos que se hubiesen dado al interior del debate jurídico y probatorio, como tampoco alegar la configuración de una vía de hecho por discrepancias de criterio jurídico o interpretativo de normas, pues ello pondría en entredicho los principios constitucionales de autonomía e independencia judicial, más aún cuando esta es función propia del juez en tanto fija el alcance y sentido de la normas aplicables a los casos puestos a su consideración.

En consecuencia, la capacidad interpretativa del juez le permite de manera autónoma e independiente, analizar los hechos, valorar las pruebas allegadas al proceso según la sana crítica y la lógica, y aplicar según su experiencia, las normas a cada caso. Esta capacidad de obrar de manera autónoma e independiente no puede ser confundida con la arbitrariedad en la interpretación tanto del derecho como en el análisis de los hechos, pues la valoración probatoria que haga siempre estará sometida a la Constitución y a la ley.

La doctrina constitucional sobre la procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales por haberse incurrido en un defecto fáctico es sumamente clara, pues exige que “se hayan dejado de valorar pruebas legalmente aducidas al proceso, o que en la valoración de las pruebas legalmente practicadas se haya desconocido manifiestamente su sentido y alcance y, en cualquiera de estos casos, que la prueba sobre la que se contrae la vía de hecho tenga tal trascendencia que sea capaz de determinar el sentido de un fallo. Sólo bajo esos supuestos es posible la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, de manera que cuando los mismos no satisfagan estas exigencias, no procede el amparo constitucional pues se trata de situaciones que se sustraen al ámbito funcional de esta jurisdicción”<sup>42</sup>.

Vista la anterior consideración, es pertinente recordar que la Corte Constitucional desde sus inicios consideró que una decisión judicial puede estar viciada por un defecto fáctico cuando “el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado”.<sup>43</sup> Esta afirmación, ratifica el hecho de que la valoración probatoria que un juez haga al interior de cualquier proceso bajo su estudio, jamás podrá hacerse de manera arbitraria.<sup>44</sup>

2.6.2. De esta manera, y tal y como se enumeraran en un acápite anterior, el defecto fáctico es una de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Al respecto ha dicho la Corte:

“En otras palabras, se presenta defecto fáctico por omisión cuando el juzgador se abstiene de decretar pruebas. Lo anterior trae como consecuencia ‘impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido’. Existe defecto fáctico por no valoración del acervo probatorio, cuando el juzgador omite considerar pruebas que obran en el expediente bien sea porque ‘no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente.’ Hay lugar al defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio cuando o bien ‘el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión

respectiva' dando paso a un defecto fáctico por no excluir o valorar una prueba obtenida de manera ilícita"49.

Como se observa, la Corte ha identificado dos dimensiones en las que se presentan los defectos fácticos: i) Una dimensión negativa que ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa<sup>50</sup> u omite su valoración,<sup>51</sup> y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente.<sup>52</sup> Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez<sup>53</sup>. De otra parte, existe ii) la dimensión positiva, que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C.P.) y al hacerlo el juez desconoce la Constitución.<sup>54</sup>

A efectos de explicar de mejor manera la diversidad de formas en que se puede configurar el defecto fáctico, esta Sala explicará tan solo aquella situación en la cual el juez ha dejado de valorar el acervo probatorio, por ser esta la circunstancia particular que se advierte en el presente caso.

#### 2.6.2.1. Defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio.

2.6.2.1.1. La configuración del defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio es una de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Esta hipótesis se concreta en la conducta en que incurre el operador judicial cuando, existiendo los elementos probatorios en el proceso, o habiendo decretado la práctica de pruebas, omite el estudio de las mismas, no las advierte o simplemente no las tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva. Pero el problema surge cuando se observa que de haberse contemplado dichas pruebas y valorado en el proceso, la solución al problema jurídico habría sido sustancialmente distinta a la que asumió el juez sin el análisis de dicha carga probatoria<sup>55</sup>.

2.6.2.1.2. Resulta importante reseñar entonces, que esta Corporación en sentencia T-555 de 1999 aclaró que en aquellos casos en los que al juez le sea solicitada la práctica de nuevas pruebas éste deberá verificar que el recaudo de las mismas sea necesario para resolver el caso puesto a su consideración. Así dijo la Corte:

“El juez tiene una oportunidad procesal para definir si esas pruebas solicitadas son pertinentes, conducentes y procedentes, y si en realidad, considerados, evaluados y ponderados los elementos de juicio de los que dispone, ellos contribuyen al esclarecimiento de los hechos y a la definición acerca de la responsabilidad penal del procesado. Y, por supuesto, le es posible negar alguna o algunas de tales pruebas, si estima fundadamente que los requisitos legales no se cumplen o que en el proceso respectivo no tienen lugar.”

Puede inferirse entonces, que cuando el juez decreta la práctica de nuevas pruebas, ello obedece a que no cuenta con los elementos de juicio suficientes para tomar una decisión jurídicamente acertada. De esta manera, cuando toma la decisión de practicar unas pruebas, el juez deberá tener la claridad jurídica acerca de que dichas pruebas sean conducentes, pertinentes y suficientes. Por ello, luego de que las pruebas ya han sido practicadas o recaudadas, el juez no podrá obviar su análisis o desecharlas sin haber valorado su contenido, pues ello supondría en primer lugar un desgaste del aparato judicial, una forma inadecuada de dilatar injustificadamente el trámite procesal del caso en concreto, y finalmente, ello podría comprometer la efectiva protección de los derechos de las partes, además de poner en entredicho la responsabilidad, seriedad y objetividad del funcionario judicial.

2.6.2.1.3. Ahora bien, en sentencia T-814 de 199956, la Corte resolvió un caso en el cual los jueces de lo contencioso administrativo no valoraron el material probatorio debidamente allegado al proceso. Esta situación a juicio de la Corte, constituyó una vía de hecho por defecto fáctico. Sobre el punto consideró la Corte:

“Ni en el fallo del Tribunal ni en el fallo del Consejo de Estado se hace una valoración de la prueba mencionada, que les permitiera a estas Corporaciones deducir la obligación para el alcalde de dicha ciudad de promover la consulta popular, previa a la realización del proyecto del metro ligero de Cali, pues para ellas el aspecto probatorio en estos procesos no es relevante. En efecto, el Tribunal dijo que las pruebas arrimadas al proceso de la acción de cumplimiento “no tienen influencia alguna en esta decisión” y el Consejo de Estado por su parte, si bien mencionó el aludido testimonio en los antecedentes no hizo ninguna valoración del mismo.

La razón por la cual tanto el Tribunal como el Consejo ignoraron las mencionadas pruebas

indudablemente estriba en la interpretación que estas Corporaciones tienen en cuanto a la procedencia de la acción de cumplimiento, porque en diferentes apartes de sus sentencias se afirma rotundamente que el deber incumplido debe emerger directamente de la norma. Es decir, que de ésta debe desprenderse una especie de título ejecutivo, configurado por una obligación clara, expresa y actualmente exigible, descartándose por consiguiente toda posibilidad de interpretación sobre el incumplimiento de la norma por la autoridad demandada, con arreglo a los métodos tradicionalmente admitidos, y con sustento a las pruebas que oportuna y regularmente aporten las partes o las que oficiosamente está en la obligación de decretar y practicar el juez de conocimiento.

Considera la Sala, en consecuencia, que se estructura la vía de hecho por defecto fáctico, porque ni el Tribunal ni el Consejo al decidir sobre las pretensiones de la acción de cumplimiento, valoraron la prueba antes referenciada, y omitieron decretar y practicar las pruebas conducentes y tendientes a establecer la existencia o no del incumplimiento de la autoridad demandada.” (Negrillas de la Sala)

Vistos los anteriores planteamientos, es claro entonces, que la Corte ha sido coherente en señalar en sus decisiones que la acción de tutela puede ser viable contra una decisión judicial cuando en ella se ha estructurado una de las causales especiales de procedibilidad, como es el defecto fáctico alegado en el caso objeto de revisión, más aún, cuando se observa que la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia es manifiestamente arbitraria o no existió.

En consecuencia, se pasará a analizar el caso concreto a efectos de verificar si la presente acción de tutela cumplió con los requisitos generales de procedibilidad y si en efecto la actuación judicial controvertida se estructuró un defecto fáctico.

## 2.7. CASO CONCRETO

### 2.7.1. Cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

#### 2.7.1.1. La Sala considera que el asunto bajo examen tiene una evidente relevancia constitucional.

El asunto objeto de revisión, no se refiere de manera exclusiva a la garantía del derecho al debido proceso (Art. 29 C.P.) sino que procura igualmente la protección de otros derechos fundamentales como la dignidad, la igualdad, al acceso a la administración de justicia, a la seguridad social y a la protección especial a las personas de la tercera edad. En el presente caso, dichos derechos cobran mayor relevancia en tanto la persona titular de los mismos pertenece a la tercera edad, por cuanto tiene más de 77 años de edad.

#### 2.7.1.2. Inexistencia de otro mecanismo judicial idóneo.

En el asunto que hoy ocupa la atención de esta Sala, se observa que dentro de los diferentes argumentos propuestos por los jueces de instancia, cuyas decisiones ahora se revisan, se halla el que la reclamación planteada por la accionante corresponde realmente a una petición que cuenta con otra vía judicial para su discusión, planteamiento que no comparte la accionante. Advierte la Sala de Revisión, que el fundamento de la acción de tutela objeto de revisión, es la configuración de una causal especial de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencia por defecto fáctico, la cual deriva su argumento en la falta de valoración probatoria de las pruebas que aportara la accionante desde un principio, pero en especial de aquella que fuera decretada por la instancia judicial aquí accionada, y que sin motivo alguno no fue tomada en cuenta al momento de resolver el incidente de desacato objeto de controversia en esta acción de tutela.

Así, es claro que la controversia planteada por la accionante recae en el auto del 17 de agosto de 2010 por el cual la Sala Unitaria de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia dio por terminado el incidente de desacato por ella promovido en contra del ISS. Otro asunto muy distinto, es que el único fundamento que tuvo el juez accionando para tomar su decisión, fuesen las ideas expresadas por el ISS en la Resolución No. 028320 de octubre 7 de 2009. Ciertamente esta situación, no puede llevar a confusión, pues en efecto, es el acto del juez de desacato, aquél en el que no tuvo en cuenta la prueba pericial que el mismo había decretado y que evidenciaba una situación jurídica y fáctica muy distinta a lo afirmado por el ISS, la que llevó a la accionante a interponer esta acción de tutela. En consecuencia, al atacar la accionante la decisión del juez de desacato, estaba contravirtiendo la actuación judicial a pesar que los argumentos de éste último y del ISS, fuesen los mismos.

### 2.7.1.3. Se cumplió el requisito de la inmediatez<sup>57</sup>.

Respecto al cumplimiento de este requisito no existe discusión alguna, pues la actuación controvertida por la señora Ochoa de Restrepo se profirió el 17 de agosto de 2010 y la interposición de la presente acción de tutela se hizo efectiva el día 12 de septiembre del mismo año, hecho que se confirma mediante el auto admisorio que expidiera la misma Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia. Ello supone en consecuencia, que la acción de tutela fue presentada menos de un mes después de dictado el fallo objeto de controversia, siendo para esta Sala de Revisión un tiempo prudencial y razonable.<sup>58</sup>

En relación con los conceptos de racionalidad y prudencia, la Corte se refirió a ellos en una primera oportunidad, en la sentencia SU-961 de 1999 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, en la que señaló que la razonabilidad del plazo “está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto.”

Posteriormente, en sentencia T-684 de 200359 la Corte estableció unas reglas para la determinación del cumplimiento del requisito de inmediatez:

“La Corte Constitucional en otras oportunidades ha fijado la regla según la cual la tutela debe interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad del término no se ha establecido a priori, sino que serán las circunstancias del caso concreto las que la determinen. Sin embargo, se ha indicado que deben tenerse en cuenta algunos factores para analizar la razonabilidad del término: 1) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; 2) si esta inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión y 3) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados” (Negrillas fuera de texto)

Ahora bien, si la acción de tutela se interpone contra una decisión judicial, se ha considerado que el término de interposición debe ser más estricto. Así, en la citada sentencia T-1140 de 200560 la Corte consideró lo siguiente:

“De lo anterior, puede inferirse que la razonabilidad del término de interposición de la acción de tutela debe estudiarse en cada caso concreto. Sin embargo, tratándose de procesos judiciales y de providencias ejecutoriadas, el juicio sobre la razonabilidad del término ha de

ser riguroso en comparación con los otros casos que se llevan ante la justicia constitucional. En efecto, en este caso debe analizarse las posibilidades de defensa en el mismo proceso judicial, la diligencia del accionante en el mismo, y los posibles derechos de terceros que se han generado por el paso del tiempo.”

En este orden de ideas, considera esta Sala que en el presente caso, la actuación de la señora Ochoa de Restrepo fue oportuna, cumpliendo así con el requisito de inmediatez.

2.7.1.4. La peticionaria discute que existió una presunta irregularidad procesal pues, la conducta del juez accionado tiene un efecto decisivo en la sentencia y afecta sus derechos fundamentales, pues, el actuar del magistrado accionando afectó de manera ostensible e irremediable la efectiva protección de sus derechos fundamentales, la cual no se debe limitar a la protección formal contenida en un fallo de tutela, sino a la efectiva materialización de sus derechos pensionales, circunstancia que no se había dado hasta el momento, razón suficiente para reclamar su protección efectiva por vía del mencionado incidente de desacato.

2.7.1.5. La solicitud de tutela identifica plenamente tanto los hechos que generaron la supuesta vulneración como los derechos que considera vulnerados. En efecto, la señora Olga Ochoa de Restrepo expone de manera cronológica y ordenada todos los hechos que la llevaron, después de un largo periplo jurídico, a la interposición de esta acción de tutela, en la cual expone de manera detallada cuáles son los hechos de la actuación judicial que ella controvierte y cuáles los derechos fundamentales que fueron desconocidos con dicha decisión judicial. Así, la accionante expone la vulneración de sus derechos a la igualdad, a la dignidad, al acceso a la administración de justicia, a la seguridad social, a la protección especial a las personas de la tercera edad y al debido proceso.

De esta forma, también se cumple este requisito de procedencia de la acción de tutela.

2.7.1.6. Finalmente, es evidente que el presente asunto no pretende discutir una sentencia de tutela.

Cumplidos los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, y antes de entrar a verificar la presencia de alguna de las causales específicas de procedibilidad, debe la Sala establecer si se cumplieron con los requisitos específicos que debe cumplir una acción de

tutela cuando esta se promueve contra una decisión judicial que pone fin a un incidente de desacato. Recordemos que para esta situación muy particular, la Corte ha considerado que dicha acción de tutela debe reunir los siguientes requisitos:

(i) que sus argumentos en el trámite del incidente de desacato y en la acción de tutela contra éste deben ser coherentes y no deben contradecirse;

(ii) no le es dado presentar asuntos nuevos pues el momento procesal para argumentarlos es en el mismo incidente de desacato; y

(iii) no puede pedir o presentar pruebas que no fueron originalmente solicitadas y que el juez no estaba obligado a practicar oficiosamente.

En este contexto, verifiquemos el cumplimiento de tales requisitos.

2.7.2. Los argumentos en el trámite del incidente de desacato y en la acción de tutela contra éste deben ser coherentes y no deben contradecirse.

En relación con el primero de los requisitos, advierte la Sala que la señora Ochoa de Restrepo en el trámite mismo del incidente de desacato, hizo explícito su inconformismo contra la decisión asumida por el juez que conoció del incidente de desacato, y quien es el demandado en la actual tutela. En su momento, como en la tutela objeto de revisión por esta Sala, la accionante advirtió que no existían los mínimos elementos probatorios que le hubiesen permitido a dicho funcionario judicial tomar la decisión que se controvierte en esta tutela. Incluso, extraña a la accionante, que a pesar de que dicho juez ordenó en el trámite del referido incidente de desacato, la práctica de una prueba pericial, para lo cual designó, posesionó y recibió un dictamen que luego puso en conocimiento de las partes, no tuvo en cuenta para nada dicha prueba al momento de tomar la decisión de dar por terminado el incidente de desacato, cuando de la prueba podía advertirse otros alcances jurídicos. Ese mismo argumento se encuentra expuesto en la presente acción de tutela, pues es la razón de fondo que sirve para sustentar el incumplimiento en que ha incurrido y permanecido el ISS.

Por lo anterior, es claro que en la presente tutela coherencia entre lo pedido en esta actuación judicial y lo que en su momento se reclamó en el trámite del incidente de

desacato.

2.7.3. No le es dado presentar asuntos nuevos pues el momento procesal para argumentarlos es en el mismo incidente de desacato.

Este segundo requisito se encuentra igualmente cumplido, pues como se advierte de la explicación hecha en el numeral anterior, la reclamación hecha por la señora Ochoa de Restrepo tanto en el incidente de desacato como en la presente tutela, es consistente y única. En efecto, la accionante siempre ha considerado dos elementos fácticos en su alegación: en primer lugar, el incumplimiento del fallo de tutela que había ordenado el amparo de sus derechos fundamentales, y en segundo lugar, la falta de soporte probatorio y de rigor técnico, tanto en la decisión que dio por terminado el incidente de desacato por ella propuesto, así como en la resolución proferida por el ISS a partir de la cual dicho funcionario judicial soportó su decisión judicial.

2.7.4. No se puede pedir o presentar pruebas que no fueron originalmente solicitadas y que el juez no estaba obligado a practicar oficiosamente.

Respecto de este último requisito, es claro que la accionante, no solo presentó pruebas suficientes al momento de iniciar el trámite del incidente de desacato, sino que además, por sugerencia de ella misma el magistrado aquí accionado accedió en su momento, a practicar dentro del anotado incidente de desacato, una prueba pericial que le aportara elementos de juicio adicionales a los existentes en el proceso, a efectos de tener mayor claridad sobre el asunto en discusión. Si bien la prueba fue desechada en su momento, la accionante alega que esa prueba mostraba otro panorama jurídico respecto del derecho por ella reclamado. Así, las pruebas que en su momento se solicitaron en el incidente de desacato, respecto de la cual el mismo ISS en un primer momento alcanzó a controvertir, es la que la accionante señala en la actual acción de tutela, como aquella que no fue no tomada en cuenta ni analizada en su oportunidad por el magistrado accionado.

Como se observa de las anteriores consideraciones, la accionante ha cumplido con las exigencias que para el tipo de reclamación por ella propuesto ha desarrollado la jurisprudencia constitucional.

Ahora bien, cumplidos los anteriores requisitos, la Sala procederá a estudiar si la decisión

judicial proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia de fecha 17 de agosto de 2010, dictada en el trámite de un incidente de desacato incoado por la señora Olga Ochoa de Restrepo en contra del ISS, incurrió en alguno de los requisitos específicos de procedibilidad de la tutela contra sentencias.

#### 2.7.5. Cumplimiento de los requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela

2.7.5.1. En el presente caso, la señora Olga Ochoa de Restrepo solicita la tutela de varios de sus derechos fundamentales, en especial al debido proceso, pues considera que el Magistrado Leovigildo Suárez Céspedes, miembro de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, incurrió en una causal de procedibilidad contra sentencia judicial por configuración del defecto fáctico, al dictar un auto con el que dio por terminado el incidente de desacato por ella promovido en contra del ISS.

Explica la señora Ochoa de Restrepo, que el auto aquí controvertido no pudo ser el producto del análisis detallado de los argumentos expuestos por el ISS en la Resolución No. 028320 del 7 de octubre de 2009, pues las explicaciones contenidas en dicha resolución, a criterio de la accionante, se soportan en cifras o valores cuyo origen se desconoce y que “aparecen” en el contexto de dicho acto administrativo, sin soporte de cálculo matemático alguno que explique de manera clara el origen de las mismas. Incluso, afirma que ni siquiera se atienen a la correcta aplicación de los criterios jurisprudenciales señalados por la Corte Constitucional en su sentencia T-098 de 2005.

2.7.5.2. En este contexto de hechos, encuentra la Sala de Revisión, que luego de analizar el contenido del auto de fecha 17 de agosto de 2010, por el cual el Magistrado Leovigildo Suárez Céspedes, en decisión de Sala Unitaria de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia dio por concluido el trámite del incidente de desacato promovido por la señora Ochoa de Restrepo, se sustentó tan solo en los argumentos expuestos en la mencionada resolución expedida por el ISS.

2.7.5.3. En efecto, en parte alguna del mencionado auto, el señor magistrado hizo análisis o valoración alguna de la prueba pericial que él mismo ordenó practicar a sugerencia de la accionante, como tampoco hizo mención alguna a la objeción que el ISS propusiera en escrito del 6 de julio de 2010 en contra de dicha prueba, escrito en el que manifestó que el índice de precios al consumidor a tener en cuenta para la indexación reclamada debía ser el certificado

al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, del 1° de abril de 1994 y no el del 15 de junio de 1981, en que el señor Restrepo Cardona se retiró de trabajar en el BIC. Ciertamente, el hecho de que el propio ISS hubiese planteado argumentos en contra de dicho dictamen pericial, daba cuenta de las distintas posiciones que las partes tenían acerca de lo reclamado por la accionante, además de evidenciar valor y peso jurídico de la referida prueba.

2.7.5.4. Resulta por demás contradictoria la posición asumida por el anotado magistrado, quien justifica la no valoración de la prueba pericial en el hecho de que, por ser el incidente de desacato un trámite meramente disciplinario, había sido una equivocación de su parte haber practicado dicha prueba, y porque considera por demás, que el incidente de desacato no es el medio judicial idóneo para discutir sobre montos de indexación o sumas adeudadas, sino para verificar si hubo o no efectivo cumplimiento de una orden de tutela.

Sobre este punto recuerda la Sala lo expuesto en anteriores consideraciones en el sentido de señalar que el incidente de desacato tiene con fin primordial asegurar el efectivo cumplimiento de las órdenes judiciales contenidas en un fallo de tutela, incluso si para ello hay que imponer alguna sanción al incumplido. Así, a diferencia de las sanciones penales, cuya finalidad es sancionar, en el caso del incidente de desacato contemplado en el decreto 2591 de 1991, artículo 52, las sanciones allí contempladas son una forma de apremio que se contempla como mecanismo que impulse al obligado judicialmente a cumplir con las ordenes a él impuestas. De esta manera, es claro entonces que el incidente de desacato tiene una doble función de verificar el cumplimiento efectivo de una orden judicial y de garantizar la adecuada protección de los derechos fundamentales de una persona, además de disciplinar al incumplido.

2.7.5.5. En esta misma línea debe señalarse entonces, que en tanto la función del juez constitucional no se limita a impartir una justicia meramente formal que proteja y garantice los derechos fundamentales de una persona, también tiene la tarea de verificar que sus decisiones sean efectivamente cumplidas y respetadas, pues de no poder hacerlo, tampoco tendría sentido que éste contase con la posibilidad de imponer sanciones por desacato.

La anterior consideración desecha el argumento del magistrado accionando en cuanto a que no era viable proseguir con el incidente de desacato so pena de “invadir” la órbita de las

funciones y competencias propias del juez contencioso administrativo, pues señaló que de llegar a verificarse el incumplimiento alegado, obligaría a abrir un proceso disciplinario, con lo cual el juez constitucional desbordaría su competencia jurisdiccional.

Sobre el particular, debe señalar esta Sala de Revisión, que como parte de la competencia del juez constitucional está la de verificar el cumplimiento y respeto de sus órdenes judiciales hasta cuando las mismas se cumplan de manera efectiva. Ahora, si en el transcurso de exigir el cumplimiento de tales ordenes, el juez constitucional advierte que la entidad obligada se niega de manera arbitraria e incluso actuando contra la ley, podrá además de imponer las sanciones contempladas en el decreto 2591 de 1991, compulsar copias a las autoridades competentes, las cuales en ejercicio de sus propias competencias determinarán si esa entidad podría tener algún otro tipo de responsabilidad, y por lo mismo ser objeto de otro tipo de sanciones.

En conclusión, ha de indicarse que el incidente de desacato tiene una doble finalidad como ya se anotó. De una parte, procurar el efectivo cumplimiento de la sentencia de tutela incumplida, con la consecuente garantía de los derechos fundamentales cuya protección se buscaba, y de otra parte, disciplinar o sancionar a la parte que incumplió la orden judicial.

2.7.5.6. Ya en lo relacionado con la configuración del defecto fáctico alegado por la señora Ochoa de Restrepo, esta Sala de Revisión considera que en efecto dicho defecto se configuró en el presente caso.

2.7.5.6.1. Iniciemos por señalar que la resolución No. 028320 del 7 de octubre de 2009 por la cual el ISS procedió a “dar cumplimiento” a la orden de tutela que ordenaba la indexación de la primera mesada pensional de la señora Ochoa de Restrepo, expone en unos cuadros los valores números correspondientes a salarios base de liquidación, montos que debieron pagarse y no se pagaron y otros valores, así mismo contempla el quantum de lo adeudado y que debía ser liquidado a favor de la accionante como parte del procedimiento de indexación de la primera mesada pensional a ella reconocida. Sin embargo, y ciertamente como lo anotara la misma accionante desde un principio, los valores inicialmente reseñados, así como las actualizaciones de las cifras y liquidaciones que se contemplan en los anotados cuadros, no se explican matemáticamente, y mucho menos se soportan en un procedimiento técnico-financiero que explique o justifique los valores finales que se confirman como las únicas

sumas y montos reconocibles y adeudados a la accionante.

2.7.5.6.2. En efecto, para la Sala brillan por su ausencia los soportes matemáticos que expliquen adecuadamente la forma en que las presuntas sumas adeudadas fueron liquidadas. Así mismo, no se relacionan los índices de precios al consumidor certificados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas DANE para los años o meses a los que el ISS hace relación en su resolución. Tampoco se advierte cómo se dio aplicación a los criterios jurisprudenciales que la Corte Constitucional señaló en su sentencia T-098 de 2005 y que debían ser tenidos en cuenta para este tipo de situaciones. Incluso, no se observa en que forma tuvo cabida la fórmula matemática que la Corte contempló como herramienta para realizar dicho proceso de indexación.

Bajo este supuesto, es evidente que la accionante hubiese mostrado su inconformismo frente a lo resuelto por el magistrado aquí accionado, máxime cuando además de haber aportado en su momento sus propias cifras de indexación pensional, fue ella quien propuso la práctica de un dictamen pericial, en el que se tuvieran en cuenta los fundamentos de la sentencia de tutela que amparó sus derechos fundamentales, así como el criterio jurisprudencial contenido en la sentencia T-098 de 2005 de la Corte Constitucional, prueba que le habría servido a dicho funcionario judicial para tomar una decisión.

2.7.5.6.3. Así, luego de que la prueba pericial fue efectivamente practicada y de que la misma fuese controvertida por el ISS en cuanto a la fecha que debía tenerse en cuenta para aplicar el índice de precios al consumidor e iniciar el conteo matemático de la indexación, se podía concluir que el juez del desacato contaba con una prueba técnicamente diseñada a partir de la cual podía tener mayores y mejores elementos de juicio para tomar una decisión de fondo. Pero además, de contar con una prueba de esas características lo que si era cierto es que la misma no podía ser desechada u omitida de plano en el análisis jurídico que lo llevó a dar por terminado el incidente de desacato.

2.7.5.6.4. En efecto, del contexto de su decisión, se concluye que la prueba no fue objeto del más mínimo estudio, y no porque la misma no reuniese las condiciones de conducencia, pertinencia y suficiencia, sino porque las explicaciones dadas por el ISS en la referida resolución fueron tenidas como suficientes por dicho magistrado al momento de resolver dar por terminado el anotado incidente de desacato. Pero además, como ya se explicó con

antelación, porque luego de ordenar la práctica de la prueba consideró que no le era dable al juez constitucional haberla practicado, pues esa instancia judicial solo tenía un alcance meramente sancionatorio, muy a pesar que acto seguido concluyó que tampoco era competencia del juez constitucional llegar a imponer algún tipo de sanción al ISS por advertir, a su modo de ver que se invadía la competencia del juez contencioso administrativo.

2.7.5.6.5. En este orden de ideas, al ordenar el juez del desacato la práctica de una prueba pericial se debió a que en su momento concluyó que no contaba con los elementos suficientes para tomar una decisión judicial sobre el asunto puesto a su consideración. Por ello, tras la práctica de la misma, esta no podía ser omitida, como así sucedió, pues al haber actuado de esta manera, la actuación judicial cumplida por el magistrado perdió el rigor jurídico que debe tener toda actuación judicial, tornándola en subjetiva, por cuanto desbordó los linderos del análisis jurídico que debió dominar su decisión final.

2.7.5.6.6. En vista de lo anterior, y advirtiendo que las decisiones de instancia que se revisan, no realizaron el análisis jurídico que se expuso en la presente sentencia, esta Sala de Revisión procederá a revocar la sentencia proferida el 1° de diciembre de 2010 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que había revocado la sentencia adoptada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia del 26 de octubre de 2010, que había amparado el derecho al debido proceso.

En su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales a la señora Olga Ochoa de Restrepo, en especial al debido proceso por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En consecuencia, se dejará sin efecto la actuación surtida el 17 de agosto de 2010 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, Sala Unitaria integrada en su momento por el Magistrado Leovigildo Suárez Céspedes que dio origen a la presente acción de tutela.

Se ordenará a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, juez que conoció del incidente de desacato, que en el término máximo de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, profiera una nueva decisión que resuelva el incidente de desacato promovido por la señora Olga Ochoa de

Restrepo en contra del ISS.

Para tomar la respectiva decisión, y en tanto se dejó sin efecto la decisión judicial del 17 de agosto de 2010, el juez accionado deberá tener en cuenta la prueba pericial efectivamente practicada por esa instancia judicial en el trámite del desacato, previa actualización de los valores en ella liquidados, y de ser necesario recaudará y practicará otras pruebas, que le permitan, en acatamiento a los lineamientos que sobre la indexación de primera mesada pensional estableció la Corte Constitucional en sentencia T-098 de 2005, proferir una decisión de fondo.

### 3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Segundo: REVOCAR la sentencia proferida el 1° de diciembre de 2010 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que había revocado la sentencia adoptada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia del 26 de octubre de 2010, que había amparado el derecho al debido proceso. En su lugar, CONCEDER el amparo de sus derechos a la dignidad, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia, a la seguridad social, a la protección especial a las personas de la tercera edad y al debido proceso, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: DEJAR SIN EFECTO la actuación surtida el 17 de agosto de 2010 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, Sala Unitaria integrada en su momento por el Magistrado Leovigildo Suárez Céspedes que dio origen a la presente acción de tutela.

Cuarto. ORDENAR a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, juez que conoció del incidente de desacato, que en el término máximo de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, profiera una nueva decisión que resuelva el incidente de desacato promovido por la señora Olga Ochoa de

Restrepo en contra del ISS.

Para tomar la respectiva decisión, y en tanto se dejó sin efecto la decisión judicial del 17 de agosto de 2010, el juez accionado deberá tener en cuenta la prueba pericial efectivamente practicada por esa instancia judicial en el trámite del desacato, previa actualización de los valores en ella liquidados, y de ser necesario, recaude y practique otras pruebas, que le permitan, en acatamiento a los lineamientos que sobre la indexación de primera mesada pensional estableció la Corte Constitucional en sentencia T-098 de 2005, proferir una decisión de fondo en el respectivo incidente.

Quinto: Por Secretaría envíese de manera inmediata copia de esta sentencia a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia para los efectos señalados en el numeral anterior.

Sexto: Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Secretaria General

1 A folios 125 a 128 del cuaderno principal del expediente de tutela, obra copia integral de la Resolución No. 028320 de octubre 7 de 2009 por la cual el ISS da cumplimiento al requerimiento de indexación de la mesada pensional ordenada por vía de acción de tutela. En el aparte correspondiente a dicha indexación, la resolución en cuestión señala lo

siguiente:

“Frente a la CONDENA de reconocer y pagara a el(a) señor(a) GUILLERMO OMAR RSTREPO CARDONA, los INCREMENTOS POR CONYUGE A CARGO, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, procede al reconocimiento de los mismos, por los siguientes conceptos, así:

PERSONA A CARGO

APELLIDOS, NOMBRE

PARENTESCO

MONTO

% sobre

1 SMLMV

PERIODO

VALOR

DESDE

HASTA

DD/MM/AAAA

DD/MM/AAAA

OLGA OCHOA TAMAYO

CONY O COMP

14%

01/01/2006

23/08/2007

\$ 853.426,47

TOTAL INCREMENTOS LIQUIDADOS POR EL ISS

\$ 853.426,47

VALOR INCREMENTOS LIQUIDADOS POR EL JUZGADO

\$ 2.908.962,00

VALOR INDEXACIÓN

\$ 0,00

VALOR INTERESES MORATORIOS

\$ 0,00

TOTAL A PAGAR

\$ 3.762.388,47

En este orden de ideas, se adeuda a la parte demandante en cumplimiento de la sentencia judicial del 20 de enero de 2006, del JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, la suma de \$3.762.388,47 por concepto de incrementos pensionales concepto que reviste el carácter de único, en virtud del fallecimiento del asegurado GUILLERMO OMAR RESTREPO CARDONA, el 23 de marzo de 2007. Y se adeuda en cumplimiento de la vía de ACCIÓN DE TUTELA instaurada en el CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA, SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA, la suma de \$14.810.274 por concepto de retroactivo que se quedó adeudando al señor GUILLERMO OMAR RESTREPO CARDONA en virtud de la indexación de la primera mesada desde el 14 de agosto de 1998 (fecha de causación de la pensión de vejez) hasta el 22 de marzo de 2007, retroactivo que se dejara en reserva por ser un pago a herederos. Más la suma de \$5.200.660 por concepto de diferencia pensional adeudada a la señora OLGA OCHOA TAMAYO en virtud de la indexación de la primera mesada pensional de su cónyuge fallecido y desde el 23 de marzo de 2007 (fecha de fallecimiento de su cónyuge) hasta el 30 de octubre de 2009, SE PAGARÁ UN TOTAL DE \$23.773.322,47.

El monto de la pensión de sobreviviente para el año 2008, corresponde a la suma de \$649.313.

(...)”.

2 ARTÍCULO 238. CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN. Para la contradicción de la pericia se procederá así:

1. Del dictamen se correrá traslado a las partes por tres días durante los cuales podrán pedir que se complemente o aclare, u objetarlo por error grave.

2. Si lo considera procedente, el juez accederá a la solicitud de aclaración o adición del dictamen, y fijará a los peritos un término prudencial para ello, que no podrá exceder de diez días.

3. Si durante el traslado se pide complementación o aclaración del dictamen, y además se le objeta, no se dará curso a la objeción sino después de producidas aquéllas, si fueren ordenadas.

4. De la aclaración o complementación se dará traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrán objetar el dictamen, por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas.

5. En el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo. De aquél se dará traslado a las demás partes en la forma indicada en el artículo 108, por tres días, dentro de los cuales podrán éstas pedir pruebas. El juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error, y concederá el término de diez días para practicarlas. El dictamen rendido como prueba de las objeciones no es objetable, pero dentro del término del traslado las partes podrán pedir que se complemente o aclare.

6. La objeción se decidirá en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el dictamen, salvo que la ley disponga otra cosa; el juez podrá acoger como definitivo el practicado para probar la objeción o decretar de oficio uno nuevo con distintos peritos, que será inobjetable, pero del cual se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complemente o aclare.

7. Las partes podrán asesorarse de expertos, cuyos informes serán tenidos en cuenta por el juez, como alegaciones de ellas.

3 Los partes citados obran a folios 182 a 184 del cuaderno principal del expediente de tutela.

4 Ver folio 184 del cuaderno principal del expediente de tutela.

5 Ídem.

6 A folio 8 y 9 del cuaderno principal del expediente de tutela, la señora Ochoa hace el ejercicio matemático que no se observó en el pronunciamiento hecho pro el ISS en el que daba por cumplido el fallo judicial que ordenaba la reclamada indexación pensional. Dichos cálculos los explicó la accionante de la siguiente manera:

$R = \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}} \times \text{Ingreso Base de Liquidación de la pensión indexado (sic)}$        $R =$  Es la variable incógnita o lo que se va a averiguar, es el valor del I.B.L. o

Índice inicial      Ingreso Base de Liquidación de la pensión indexado (sic).

$R_h =$  Es el promedio del ingreso base de cotizaciones de las últimas 100 semanas (Acuerdo 0758 de 1990), es decir \$51.394.85, según la misma Resolución del ISS 1287 de 2003.

Índice final       $=$  Es el índice de precios al consumidor vigente a la fecha a partir de la cual se reconoció la pensión, lo que fue a partir de agosto 14 de 1998, es decir, 50,98, según datos del DANE que están en el expediente.

Índice inicial       $=$  es el índice de precios al consumidor vigente a junio de 1981, cuando se realizó la última cotización, es decir, 1.53, según los datos del DANE que están en el expediente.

Señala la accionante que el asunto a resolver es simple y pasa a explicar:

$R = R_h \times \text{Índice final}$       Así,  $R = ?$        $R_h = \$51.394.85 + 50.98$       Entonces  $>R =$

\$1.712.489

índice inicial

1.53

Así, como el IBL es de \$ 1.712489 la primera mesada pensional para agosto de 1998 es del 45% sobre ese valor según la tabla de las cuantías pensionales del decreto 758 de 1990, es decir \$770.620.

7 Ver folios 211 a 213 del cuaderno principal del expediente de tutela. Debe advertirse de todos modos que quien conoció en un primer momento del trámite de esta acción de tutela fue el Consejo Superior de la Judicatura, el cual por Auto del 4 de octubre de 2011, proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria ordenó la remisión de esta al Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, a efectos de garantizar la doble instancia en esta actuación judicial (ver folios 206 a 208 del cuaderno principal del expediente de tutela).

8 Ver folio 222 del cuaderno principal del expediente de tutela.

9 La única fecha que obra en la fotocopia de esta resolución es la correspondiente al día en que fue elaborado el proyecto de resolución, que corresponde al 23 de junio de 2005.

10 Los referidos resultados fueron los siguientes:

“El promedio de las cotizaciones de las últimas 100 semanas de \$51.394.85 de junio 15 de 1981 actualizado a agosto 14 de 1998 da un I.B.L. que asciende a \$1'708.043.

- La primera mesada pensional es de \$768.619 en razón del 45% del IBL actualizado.

- La mesada para el año 2010 es de \$1'754.287.

Se han causado entre el 14 de agosto de 1998 y el 30 de abril del 2010 \$145'365.468 por diferencia entre las mesadas reconocidas y las reales causadas entre el 14 de agosto de 1998 y el 30 de abril del 2010, debidamente indexada, habiendo restado el pago parcial de diciembre del 2009 de \$5'200.660.”

11 Ver folio 239 del cuaderno principal del expediente de tutela.

13 Sentencia T-171 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

14 Sentencias T-368 de 2005 y T-1113 de 2005.

15 Sobre las facultades del juez de primera instancia, del juez del desacato y del juez de consulta para introducir cambios accidentales a la orden original, Cfr. la sentencia T-086 de 2003.

16 Ibídem.

17 Sentencia T-1113 de 2005.

18 Sentencias T-459 de 2003, T-368 de 2005 y T-1113 de 2005.

19 Sentencia T-343 de 1998, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

20 Sentencia T-553 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

21 Sentencia T-1113 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

22 Sentencias C-243 de 1996 y C-092 de 1997, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y Carlos Gaviria Díaz, respectivamente.

23 Sentencia T-652 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

24 Ibídem.

25 Sentencia T-421 de 2003.

26 Ver entre otras, las sentencias T-343 de 1998, T-763 de 1998, T-188 de 2002, T-553 de 2002, T-421 de 2003, T-684 de 2003, T-368 de 2005, T-1113 de 2005, T-631 de 2008 y T-171 de 2009.

27 Sentencia T-1113 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

28 Ver entre otras las sentencias T-1113 de 2005, T-631 de 2008 y T-171 de 2009.

29 Sentencia T-421 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

30 Ver entre otras las sentencias T-827 de 2003, T-648, T-691, T-1089 de 2005, T-015 de

2006 y SU-913 de 2009.

31 Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, resultan relevantes las sentencias T-225 de 1993, T-1670 de 2000, SU-544 de 2001, SU-1070 de 2003, y C-1225 de 2004 en las cuales se sentaron las primeras directrices sobre la materia, las que han sido desarrolladas por la jurisprudencia posterior. También puede consultarse la sentencia T-698 de 2004. y la sentencia T-827 de 2003.

32 Sentencia C-543 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

33 Sentencias C-543 de 1992, T-567 de 1998, T-511 de 2001, SU-622 de 2001 y T-108 de 2003 entre otras.

34 Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

35 El artículo 86 de la C. P. reza lo siguiente: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (...)”. (Negrillas fuera del texto original).

36 Entre otras ver la sentencia T-1223 de 2001.

37 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

38 Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

39 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

40 Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa. En esta sentencia la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la expresión “ni acción”, que hacía parte del artículo 185 de la Ley 906 de 2004. Esta decisión se asumió bajo el criterio de que dicha expresión restringía el ejercicio de la acción de tutela contra sentencias de la Corte Suprema de Justicia en ejercicio del recurso extraordinario de casación en materia penal.

42 Sentencia T-266 del 3 de abril de 2009 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto

43 Sobre la descripción genérica del defecto fáctico como vicio de una sentencia judicial que la convierte en una vía de hecho, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-231 del 13 de mayo de 1994 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-567 del 7 de octubre de 1998 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

44 Sentencia T-329 de 1996, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

45 Cfr. sentencia SU-1300 del 6 de diciembre de 2001 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. La Corte encontró perfectamente razonable la valoración de las pruebas que hizo el Juez Regional en la sentencia anticipada. El Juez no omitió ni ignoró prueba alguna, ni dio por probado un hecho sin fundamento objetivo. “El hecho de que el incremento patrimonial no justificado del procesado, se derivó de actividades delictivas se probó a través de la confesión de {varios testigos}, y de un conjunto concurrente de indicios, entre los cuales sobresale el hecho de que las cuentas en las cuales se consignaron la mayoría de los 23 cheques recibidos por el peticionario, fueron abiertas por él usando información falsa y las fotocopias de las cédulas de sus empleados que aparecían en los archivos de las empresas constructoras de la familia”.

46 Cfr. sentencia T-442 del 11 de octubre de 1994 M. P. Antonio Barrera Carbonell.

47 Cfr. sentencia T-538 del 29 de noviembre 1994 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esa oportunidad se le concedió la tutela al peticionario por la indebida apreciación que hace el juez de la conducta asumida por una de las partes, que se atuvo a la interpretación que de unos términos hizo el secretario del juzgado, que le lleva a negarle la interposición de un recurso del que depende la suerte del proceso penal.

48 Sentencia SU-159 del 5 de marzo de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

49 Sentencia T- 1065 del 7 de diciembre de 2006 M. P. Humberto Sierra Porto

50 Ibíd. sentencia T-442 del 11 de octubre de 1994 M. P. Antonio Barrera Carbonell. Se dijo en esa oportunidad: “Se aprecia más la arbitrariedad judicial en el juicio de evaluación de la prueba, cuando precisamente ignora la presencia de una situación de hecho que permite la actuación y la efectividad de los preceptos constitucionales consagratorios de derechos fundamentales, porque de esta manera se atenta contra la justicia que materialmente debe

realizar y efectivizar la sentencia, mediante la aplicación de los principios, derechos y valores constitucionales”.

51 Cfr. sentencia T-239 del 30 de mayo de 1996 M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Para la Corte es claro que, “cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela. La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria”.

52 Cfr. sentencia T-576 del 10 de diciembre de 1993 M. P. Jorge Arango Mejía.

53 Cfr., por ejemplo, la ya citada sentencia T-442 de 1994.

54 Cfr. la ya citada sentencia T-538 de 1994.

55 Cfr. Sentencia T-902 del 1 de septiembre de 2005 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra

56 M. P. Antonio Barrera Carbonell.

57 Sobre las razones para exigir la inmediatez como un requisito de procedencia de la tutela contra sentencias cabe recordar lo expuesto por la Sala Sexta de Revisión en sentencia T-095 de 19 de febrero de 2009 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

58 Ver sentencia SU-961 de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

59 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

60 Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

-----

-----