

Sentencia T-013/07

SECUESTRADO O DESAPARECIDO-Continuidad en el pago de salarios u honorarios

ACCION DE TUTELA-Requisitos de procedencia/ACCION DE TUTELA-Se requiere que exista una conducta u omisión concreta atribuible a una autoridad o a un particular

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por cuanto no existió secuestro ni desaparición forzada

La desaparición del señor no se debe a que haya sido sujeto pasivo del delito de secuestro o de desaparición forzada, ya que, tal como se encuentra demostrado en el expediente, ésta tuvo lugar como consecuencia de un incidente en el mar. De tal manera que, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que “la sola circunstancia del desaparecimiento no configura el derecho a continuar recibiendo el mencionado pago salarial”, debe concluirse que, en el presente caso, no hay lugar a ordenar mediante este mecanismo de amparo constitucional a la Sociedad que continúe con el pago de los salarios a favor de la accionante.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por cuanto la peticionaria no ha presentado solicitud de pensión de sobrevivientes

Referencia: expediente T-1421926

Accionante: Yolima Rodríguez Gómez

Demandados: Sociedad de Inversiones de la Costa Pacifica S.A. - INCOPAC S.A. y Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - PORVENIR S.A.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de enero de dos mil siete (2007).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Nilson Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Veintidós Penal Municipal de Santiago de Cali, Valle del Cauca, y por el Juzgado Trece Penal del Circuito de la misma ciudad, en relación con la acción de amparo constitucional instaurada por Yolima Rodríguez Gómez contra la Sociedad de Inversiones de la Costa Pacifica S.A. - INCOPAC S.A. y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - PORVENIR S.A.

I. ANTECEDENTES.

La presente acción de tutela fue promovida inicialmente por la señora Yolima Rodríguez Gómez ante el Juzgado Veintidós Penal Municipal de Cali, autoridad judicial que mediante

sentencia de 20 de febrero de 2006 negó el amparo tutelar solicitado. No obstante, impugnada la referida decisión, el Juzgado Octavo Penal del Circuito de la misma ciudad, a través de providencia de 24 de marzo del mismo año, declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, por considerar que resultaba necesario efectuar la vinculación de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - PORVENIR S.A. al presente trámite. En la referida decisión, el juez ordenó, además, mantener la validez de las pruebas recaudadas.

Por lo anterior, el proceso fue devuelto al Juzgado Veintidós Penal Municipal de Cali, despacho judicial que cumplió la orden impartida por el superior y realizó la vinculación de la entidad señalada.

Hecha la anterior precisión, procede la Sala a referir los antecedentes de la presente acción de tutela.

#### 1. La solicitud.

La señora Yolima Rodríguez Gómez, actuando en su nombre y en representación de sus menores hijos Maria Camila y Oscar Steven Murillo Rodríguez, presentó acción de tutela el día 7 de febrero de 2006 contra la Sociedad de Inversiones de la Costa Pacífica S.A. - INCOPAC S.A., por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la salud en conexidad con el derecho a la vida.

#### 2. Hechos relevantes.

2.1. Yolima Rodríguez Gómez contrajo matrimonio católico con el señor Oscar Murillo Mena el día 5 de agosto de 2003, luego de una convivencia de aproximadamente seis (6) años. De dicha unión nacieron los menores María Camila y Oscar Steven Murillo Rodríguez, quienes en la actualidad tienen 8 y 5 años respectivamente.

2.2. El día 13 de Agosto de 2005, el señor Murillo se encontraba de paseo en las playas de Juanchaco, en el municipio de Buenaventura, en compañía de su esposa, de sus hijos y de otros familiares. Según manifiesta la accionante, en horas de la tarde y mientras tomaba un baño a la orilla del mar, Oscar Murillo Mena fue atrapado por un remolino que lo sumergió en el agua y desde ese momento se encuentra desaparecido.

2.3. Diversos organismos como la Defensa Civil, la Fuerza Naval del Pacífico y la Oficina de Prevención y Atención de Desastres de la Alcaldía de Buenaventura, han adelantado labores de búsqueda en el lugar donde ocurrió el incidente referido, con el fin de dar con el paradero del señor Murillo. Adicionalmente, sus familiares acudieron ante la Oficina de Derechos Humanos de la Personería Municipal de Santiago de Cali para reportar la desaparición. Sin embargo, hasta la fecha no existe ningún indicio respecto del lugar en el que puede encontrarse el esposo de la accionante.

2.4. Al momento en que se produjo la desaparición del señor Murillo Mena, éste se encontraba trabajando para la Sociedad de Inversiones de la Costa Pacífica S.A. - INCOPAC S.A., mediante contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de guarda de seguridad.

2.5. La señora Yolima Rodríguez Gómez inició proceso declarativo de muerte presunta por

desaparecimiento, el cual se adelanta ante el Juzgado Quinto de Familia del municipio de Santiago de Cali. La demanda interpuesta por la accionante fue admitida por dicha autoridad judicial el 20 de enero de 2006.

### 3. Fundamentos de la acción.

3.1. Afirma la actora que tanto ella como sus menores hijos dependían económicamente del salario devengado por su esposo, por lo que desde el día de su desaparición han quedado completamente desprotegidos, toda vez que, a pesar de que la Sociedad INCOPAC S.A. continua realizando los aportes correspondientes a la seguridad social en salud, ésta se niega a seguir cancelando el salario que el señor Murillo devengaba.

3.2. Considera que esta situación resulta vulneratoria de los derechos fundamentales de sus menores hijos, especialmente los consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política, como quiera que, a raíz de la difícil situación económica por la que atraviesa su núcleo familiar, ella no cuenta con los recursos para brindarle a sus hijos todos los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo y formación. En este sentido, sostiene que no ha podido costear el tratamiento por reflujo gástrico que necesita su hijo, ni tampoco el valor de los copagos que le exigen para que su hija de ocho años pueda recibir la atención psicológica que requiere debido al trauma que le generó la muerte de su padre.

En ese orden de ideas, indica que la desprotección en la que se encuentra la ha obligado a tomar medidas como trasladar su residencia a la casa de sus progenitores en busca de apoyo económico y solicitar préstamos a personas particulares, obligaciones que se encuentran en mora debido a que no cuenta con recursos para efectuar el pago.

3.3. En criterio de la accionante, la Sociedad INCOPAC S.A., empresa para la cual laboraba su esposo desde el mes de agosto del año 2000, se encuentra obligada a continuar con el pago de los salarios del señor Oscar Murillo, hasta tanto se establezca su paradero o se declare por parte de la autoridad competente que éste murió, ya que la Carta Política prevé que tanto el Estado como los particulares -en cumplimiento del deber de solidaridad- deben proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes.

Así, con fundamento en lo anterior y a partir de las consideraciones realizadas por la Corte Constitucional en las sentencias T-1634 de 20001 y C-400 de 20032, la actora afirma que, en este caso, el empleador de su esposo desaparecido está obligado a continuar con el pago de los salarios u honorarios que éste venía percibiendo, ya que se trata de una desaparición en circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito.

3.4. Afirma, además, que la razón por la cual impetra la acción en contra de la Sociedad INCOPAC S.A., es porque en respuesta a una comunicación dirigida por el empleador de su cónyuge a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., esta última entidad señaló que para efectuar el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes era necesario que el solicitante aportara el registro civil de defunción, por lo que, frente a la demora en el trámite del proceso declarativo de muerte presunta por desaparecimiento, acudió a la acción de amparo constitucional para que se protejan de manera inmediata los derechos fundamentales que considera conculcados.

#### 4. Pretensiones del demandante.

La accionante solicita al juez de tutela que sean amparados los derechos fundamentales invocados, de tal manera que se ordene a la entidad demandada “el pago de los salarios dejados de percibir desde el desaparecimiento del señor Oscar Murillo y los devengados hacia el futuro hasta que se declare su muerte”<sup>3</sup>.

#### 5. Oposición a la demanda de tutela.

##### 5.1. Sociedad de Inversiones de la Costa Pacifica S.A. - INCOPAC S.A.

A través de escrito presentado el día 13 de febrero de 2006, el representante legal de INCOPAC S.A. se pronunció en el proceso de la referencia y solicitó que se denieguen las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes razones:

- Manifiesta que cuando se produjo la alegada desaparición del señor Murillo Mena, éste no se encontraba desarrollando ninguna función propia del trabajo que desempeñaba como guarda de seguridad, razón por la cual no es posible establecer responsabilidad alguna en cabeza del empleador. En ese sentido, sostiene que la actora debe acudir al Fondo de Pensiones al cual se encontraba afiliado el trabajador, este es Porvenir S.A., para obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, toda vez que es esa entidad quien tiene a su cargo la asunción de este tipo de riesgos.

- Expone que en este caso la tutela resulta improcedente, como quiera que con ella lo que se pretende es obtener el reconocimiento de una serie de prerrogativas que se consagran en la Ley 589 del 2000, normatividad que, en su criterio, resulta inaplicable al presente asunto. Adicionalmente, afirma que la accionante tiene la posibilidad de hacer valer los derechos que considera vulnerados, en el trámite del proceso declarativo de muerte presunta por desaparecimiento, el cual se encuentra en curso ante el Juzgado Quinto de Familia del municipio de Santiago de Cali.

- Finalmente, solicita al juez de tutela que, en aras de evitar una nulidad procesal, se oficie al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. con el fin de hacerlo parte del proceso, toda vez que es dicha entidad quien tiene a su cargo la asunción del riesgo en el presente caso.

##### 5.2. Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

El Subgerente de Servicio del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., mediante comunicación de 3 de abril de 2006, dio respuesta a la presente acción y solicitó que se denieguen las pretensiones formuladas.

Según afirma, la entidad que representa no ha vulnerado ningún derecho de carácter fundamental de la accionante, ya que a la fecha de notificación de la acción de tutela la actora no había presentado ninguna solicitud tendiente a la obtención de una pensión de sobrevivientes. Así las cosas, considera que Porvenir no ha incurrido en ninguna acción u omisión que pueda ser considerada como lesiva de los derechos de la accionante o de sus menores hijos.

Sostiene, además, que la acción de tutela es improcedente en aquellos casos en los que

existen otros mecanismos de defensa judicial, más aún tratándose de reconocimiento de pensiones, afirmación que fundamenta en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional relacionados con este tema<sup>4</sup>.

## II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN.

### 1. Primera instancia.

El Juzgado Veintidós Penal Municipal de Santiago de Cali, Valle del Cauca, mediante sentencia de dieciocho (18) de abril de dos mil seis (2006), concedió el amparo tutelar solicitado.

A juicio del a quo, si bien es cierto que la accionante no ha presentado ninguna solicitud a Porvenir S.A., ello se debe a que en la comunicación que dicha entidad remitió a la Sociedad INCOPAC S.A., se estableció la necesidad de aportar el registro civil de defunción para iniciar el trámite de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por lo que, al encontrarse en curso el proceso de muerte presunta por desaparecimiento, es evidente que la accionante no cuenta con dicho documento y no tiene la posibilidad de elevar petición alguna en ese sentido.

En criterio del juez de primera instancia, teniendo en cuenta que el accidente ocurrido al señor Oscar Murillo obedeció a un riesgo de carácter común, razón por la cual no es posible endilgar ningún tipo de responsabilidad a su empleador, el problema jurídico en el presente asunto no se relaciona con el reconocimiento o no de una pensión de sobrevivientes a favor de la actora mediante el mecanismo de amparo constitucional, sino en establecer si, vistas las circunstancias del caso, “es posible eximir o no de la perentoria exigencia del acta de defunción o [de] la sentencia que declare fallecido presuntivamente al desaparecido (...)”<sup>5</sup> a la señora Yolima Rodríguez, de tal manera que la Administradora del Fondo de Pensiones demandada no le exija a la accionante dicho documento como requisito para que ella pueda solicitar el reconocimiento del derecho pensional.

Bajo esa consideración, sostiene que las sentencias referidas por la actora para fundamentar su solicitud, si bien no responden exactamente a los mismos supuestos, establecen con claridad que frente a la ausencia de aquel que tenía a su cargo el sostenimiento del hogar en circunstancias trágicas, es obligación tanto del Estado como de los particulares responder con acciones positivas que brinden protección al núcleo familiar que ha quedado desprotegido. En ese orden de ideas, asevera que la sociedad no puede mostrarse impasible ante una situación tan dramática, anteponiendo la exigencia de ritualidades establecidas en la legislación laboral -en este caso la presentación del registro civil de defunción para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes- frente a la efectiva protección de los derechos fundamentales de las personas.

Así las cosas, como quiera que, a su juicio, se encuentra debidamente probado que tanto la accionante como sus hijos se encuentran en una difícil situación económica en razón de la desaparición del padre, quien era responsable por el sustento de su familia, la autoridad judicial sostiene que la entidad que debe responder por las consecuencias de este evento es el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a través de la pensión de sobrevivientes. En consecuencia, el a quo concedió el amparo tutelar solicitado con relación a esta entidad y,

por ende, dispuso “autoriza[r] para iniciar el trámite pensional de sobreviviente dentro del plazo de 72 horas y con el lleno de los demás requisitos legales, a los beneficiarios de Oscar Murillo Mena”6.

## 2. Impugnación

Inconforme con la decisión de instancia, la Gerente Regional Suroccidente de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., impugnó la decisión proferida y solicitó denegar las pretensiones formuladas en la demanda de tutela.

En su criterio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 de la ley 797 de 2003, el trámite de reconocimiento de un derecho pensional “no opera de oficio como erradamente parece entender el juzgado (...) pues la entidad nunca estará en condiciones de iniciar trámites por pensiones de invalidez, vejez y sobrevivientes, sin que los peticionarios eleven su solicitud a través de la documentación por medio de la cual demuestren ser beneficiarios de pensión”7. Así, sostiene que como quiera que la entidad nunca ha recibido solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes por parte de la actora, Porvenir no puede iniciar el trámite respectivo.

## 3. Segunda Instancia

El Juzgado Trece Penal del Circuito de Santiago de Cali, Valle del Cauca, mediante providencia de cuatro (4) de julio de dos mil seis (2006) confirmó la decisión adoptada por el juez de primera instancia.

A juicio del a quem, resulta evidente que, como quiera que la desaparición del señor Oscar Murillo Mena se produjo en un evento de riesgo común, la entidad llamada a responder en el presente asunto es el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.. En su criterio, esta entidad no puede exigir a la accionante que presente el registro civil de defunción de su cónyuge como requisito para obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, ya que “lo que se busca es evitar la consumación de un perjuicio irremediable, que de no dar trámite a la pensión de sobrevivientes, podría configurarse debido a la carencia de recursos económicos para el sostenimiento del núcleo familia de la accionante (...)”8.

En consecuencia, el fallador dispuso “Confirmar la sentencia de tutela (...) a efectos que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, PORVENIR S.A. inicie el trámite pensional de sobreviviente, con el lleno de los demás requisitos legales, dentro del plazo ordenado de setenta y dos (72) horas, a favor de los beneficiarios del señor Oscar Murillo Mena (...)”.

## 4. Material probatorio relevante en este caso.

Dentro del expediente contentivo de la presente acción de tutela, se encuentran como pruebas relevantes, las siguientes:

a. Constancias expedidas por el Comandante de la Subestación de la Policía de Juanchaco y por el Director de la Oficina para la Prevención y Atención de Desastres, mediante las cuales

estas autoridades dan cuenta de las distintas labores de búsqueda que se han adelantado para dar con el paradero del señor Oscar Murillo Mena desde el momento de su desaparición.

a. Copia de la declaración juramentada de desaparecidos rendida por Jaime Ramírez Tangarife -padre de la accionante-, ante la Personería Municipal de Santiago de Cali, a través de la cual se pone en conocimiento de esta autoridad la presunta desaparición del señor Oscar Murillo Mena.

a. Copia de las comunicaciones dirigidas por el Personero Delegado de Derechos Humanos a la Unidad de Desaparecidos del C.T.I. de la Fiscalía de Santiago de Cali, Medicina Legal y un canal regional, mediante las cuales se solicita colaboración en las labores de búsqueda para hallar el paradero del cónyuge de la actora.

a. Fotocopia del formato nacional para búsqueda de personas desaparecidas, diligenciado en el municipio de Santiago de Cali el día 20 de octubre del 2005 por el padre de la actora.

a. Fotocopia del registro civil de nacimiento de los menores Maria Camila Murillo Rodríguez y Oscar Steven Murillo Rodríguez.

a. Fotocopia del registro civil de matrimonio de los contrayentes Oscar Murillo Mena y Yolima Rodríguez Gómez, en el cual se establece como fecha de matrimonio el día 5 de agosto de 2003.

a. Copia del contrato individual de trabajo a término indefinido celebrado entre la Sociedad de Inversiones de la Costa Pacifica S.A. - INCOPAC S.A. y el señor Oscar Murillo Mena, el día 1 de agosto del año 2000.

a. Fotocopia de la comunicación suscrita por el Subgerente de Servicio de la Regional Suroccidente del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 25 de agosto de 2005, mediante la cual le informa al Jefe de Gestión Humana de la Sociedad INCOPAC S.A., los requisitos y documentos que deben allegar aquellas personas que pretendan solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en el caso del señor Oscar Murillo Mena.

### III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

1. Competencia.

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

## 2. Problema jurídico.

La definición del problema jurídico en el presente asunto, exige efectuar previamente una importante precisión.

Conforme a la situación fáctica planteada y a las decisiones adoptadas por los jueces de instancia, es evidente que, en el presente caso, cuando la accionante presentó la acción de tutela en contra de la Sociedad de Inversiones de la Costa Pacífica S.A. - INCOPAC S.A., quien fungía como empleador de su cónyuge Oscar Murillo Mena al momento en que se produjo su desaparición, su pretensión se dirigía a que, a través de este mecanismo de amparo constitucional, el juez de tutela ordenara a su favor el pago de los salarios dejados de percibir desde la ocurrencia de dicho suceso y los devengados hacia el futuro hasta que se produjera la declaración de su muerte. Sin embargo, los jueces de instancia, al efectuar el análisis del caso sub exámine, consideraron necesario que se vinculara a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., ya que, en su criterio, era preciso determinar si era esta entidad la responsable por el cubrimiento del riesgo al que se vio expuesto el señor Murillo Mena, de tal manera que, por esta vía, se ordenara el restablecimiento de los derechos que se alegaron como conculcados.

En este escenario, dos son las situaciones que debe analizar la Sala para la solución del asunto objeto de revisión; en primer lugar, en cuanto a la pretensión inicialmente formulada en la demanda de tutela, es necesario establecer si el empleador del señor Oscar Murillo Mena se encuentra obligado a continuar efectuando el pago de los salarios del trabajador a favor de los miembros del núcleo familiar que dependía del desaparecido y, en segundo término, frente a las consideraciones expuestas por los jueces de instancia, debe determinarse si la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. es la entidad responsable por la alegada vulneración de los derechos fundamentales de la accionante y de sus menores hijos.

## 3. Continuidad en el pago de los salarios del trabajador víctima de secuestro o de desaparición forzada; procedencia de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. Desde el año 1995, específicamente, a partir de la sentencia T-015 de veintitrés (23) de enero de esa anualidad, esta Corporación ha desarrollado una sólida doctrina constitucional en torno al derecho que le asiste a los beneficiarios del trabajador secuestrado o desaparecido de manera forzada, a recibir el pago de los salarios y de las prestaciones sociales que a él le corresponden<sup>9</sup>. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de este Tribunal, las bases constitucionales del citado derecho se encuentran, fundamentalmente, en la obligación que tienen las autoridades de la República de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades; en el derecho que le asiste a toda persona a no ser sometida a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes -lo que implica que el Estado tiene el deber de protección de la vida y de la libertad de todas las personas residentes en

Colombia y de evitar, como una manifestación de ello, la comisión de delitos de secuestro o desaparición forzada- y, adicionalmente, en caso de cometerse uno de tales delitos, en la obligación que surge para el Estado de proteger a las familias que son víctimas de este flagelo.

Adicionalmente, a partir de la expedición de la Ley 589 de 2000 -por medio de la cual se tipificaron los delitos de genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura- el legislador facultó a la autoridad judicial que conozca de procesos por los delitos de secuestro o desaparición forzada, para que autorice el pago de los salarios u honorarios correspondientes al servidor público desaparecido, de tal manera que éste se continúe efectuando a quien actúe como curador. Sin embargo, esta Corporación, en sentencia C-400 de 200310, consideró que resultaba incompatible con la Carta Política dar un tratamiento diferenciado a los trabajadores particulares y a los servidores públicos que eran víctimas de este flagelo; en consecuencia, la Corte estableció que en uno y otro caso se tenía derecho a la continuidad en el pago de los salarios u honorarios. En el caso de los trabajadores particulares, este Tribunal señaló que este derecho encuentra su origen en el principio de solidaridad social que vincula al empleador, ya que, de acuerdo con el mandato establecido en el artículo 95 superior, todos los individuos deben responder con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.

En punto a la determinación del alcance temporal de dicha protección, este Tribunal estableció que este derecho debe reconocerse hasta tanto se produzca la libertad del secuestrado o desaparecido forzosamente, o hasta que se presente la muerte del trabajador, o la declaratoria de presunción de muerte por desaparecimiento, u otra causa de extinción de la obligación.

En conclusión, de acuerdo con la citada sentencia, frente a los delitos de secuestro y desaparición forzada, cuando el salario que aportaba el sujeto pasivo del hecho punible constituía el ingreso que permitía sustentar las condiciones materiales que garantizan la vida digna de los integrantes de su familia, sea que se trate de un servidor público o de un trabajador particular, es evidente que la suspensión de su pago por el sólo hecho del secuestro o de la desaparición forzada, resulta contraria a los postulados y mandatos constitucionales anteriormente señalados, teniendo en cuenta, además, la situación de aflicción moral y psicológica a la que se ven sometidos quienes deben soportar situaciones como las descritas.

No obstante lo anterior, esta Corporación también ha establecido que la obligación de la continuidad en el pago de los salarios a cargo del empleador, se genera siempre que se presenten dos elementos concurrentes, los cuales han sido definidos por este Tribunal de la siguiente manera:

“5- Ahora bien, con el fin de garantizar los derechos fundamentales del trabajador y de quienes de él dependen, la Corte ha reconocido la necesidad de adoptar medidas provisionales cuando, en situaciones excepcionales, la persona está imposibilitada para desempeñar las funciones inherentes a su cargo. Ello ocurre, por ejemplo, si un trabajador ha sido víctima del delito de secuestro y, naturalmente, se configura una causal de fuerza mayor que le impide laborar. En este orden de ideas, la jurisprudencia constitucional ha

señalado que, como se trata de un hecho completamente ajeno a la voluntad del trabajador, además de la aflicción moral y psicológica ocasionada por la ausencia de un ser querido, no resulta constitucionalmente admisible suspender el pago de los salarios, porque ello implicaría desconocer los derechos de quienes dependen económicamente del trabajador y de la familia como núcleo fundamental de la sociedad. (...)

6- Sin embargo, también es preciso advertir que la orden para el pago de salarios solamente es procedente cuando se acredita con absoluta certeza que el trabajador ha desaparecido por motivos de fuerza mayor y en ejercicio de actividades propias de su cargo que le imposibilitan para prestar sus servicios y lo colocan en estado de indefensión. Para esta circunstancia, el pago se justifica por los principios de justicia social y de equidad que debe mantener toda relación laboral, pero que resultarían afectados en detrimento del trabajador y de su familia.”<sup>11</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto).

Así las cosas, si la desaparición del trabajador se ha producido por circunstancias de fuerza mayor -las que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional son, específicamente, el secuestro y la desaparición forzada- y estos hechos delictivos ocurrieron en el desarrollo de labores propias de su cargo, el empleador tendrá a su cargo la obligación de continuar con el pago de los salarios a favor de los beneficiarios del desaparecido.

3.2. Ahora bien, en cuanto a la procedibilidad de la acción de tutela para solicitar la continuidad en el pago de los salarios en estos eventos, este Tribunal ha establecido una serie de elementos que deben ser considerados por el juez de la acción al momento de efectuar el análisis correspondiente<sup>12</sup>. Estos elementos son los siguientes:

“(i) El pago de salarios a los familiares de trabajadores que han sido víctimas de secuestro o desaparición forzada debe ser ordenado por la autoridad judicial encargada de conocer o dirigir el proceso por el respectivo delito, en tanto fue ese el mecanismo diseñado por el Legislador para el caso de los servidores públicos y ampliado por la Corte en tratándose también de trabajadores particulares.”

En la sentencia de constitucionalidad anteriormente referida, C-400 de 2003, esta Corporación indicó que, por expreso mandato de la Ley 589 de 2000, el proceso penal es el escenario donde debe definirse la procedencia o no de la continuidad en el pago de salarios para familiares de trabajadores secuestrados o desaparecidos de manera forzada, debido a que es allí donde reposan los elementos probatorios que permiten determinar si en realidad se está en presencia de un delito de tal naturaleza, o si, por el contrario, se trata de la mera ausencia de una persona. En consecuencia, el carácter de subsidiariedad de la acción de tutela implica que, en principio, ésta resulta improcedente para dirimir controversias de esta naturaleza.

“(ii) Con todo, lo anterior no impide que ante la inminencia de un perjuicio irremediable y dependiendo de las circunstancias de cada caso, pueda acudir a la tutela como la vía expedita para obtener el amparo de los derechos a la vida digna y a la integridad de los familiares del trabajador víctima del delito de secuestro o desaparición forzada. Ello se explica por la necesidad de evitar daños irreparables en el evento de someter a una persona a los trámites ordinarios del proceso penal.”

En efecto, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, ante la inminencia en la configuración de un perjuicio de carácter irremediable que haga urgente la necesidad de evitar daños irreparables, la acción de tutela se erige como un mecanismo viable e idóneo para la protección de los derechos invocados.

“(iii) Finalmente, pero ligado a lo arriba expuesto, para la procedencia del pago de salarios debe acreditarse plenamente el hecho del secuestro o de la desaparición forzada.”<sup>13</sup>

Con relación a este requisito, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática y reiterada en el sentido de sostener que solamente cuando existe certeza respecto de la ocurrencia de un ilícito de esas características es posible invocar el derecho a la continuidad en el pago de salarios. Así, esta Corporación al analizar el caso de una persona que solicitaba que se ordenara la sustitución pensional de la mesada que recibía su compañero permanente, quien había desaparecido por causas desconocidas, sostuvo:

“Sin embargo, tratándose de la acción de tutela, la Corte Constitucional ha diferenciado entre el secuestro y la desaparición de una persona, haciendo hincapié en que solamente cabe reiterar la orden de pagar los salarios cuando el secuestro está plenamente probado, no habiendo lugar a ello en los eventos de simple desaparición, por cuanto fuera de que es posible la existencia de terceros con interés, al desaparecido le asisten derechos que sólo se protegen merced al cumplimiento del debido proceso dentro de las actuaciones judiciales que, según la legislación civil, pueden iniciarse.

Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que:

‘...Ciertamente, los motivos por los cuales puede desaparecer una persona son múltiples, y por lo tanto, la sola desaparición, huérfana de otros medios de prueba, no puede arbitrariamente tomarse como indicio de uno solo de ellos, verbi gratia el secuestro. Y, en el caso que nos ocupa, fuera del endeble sustento probatorio que acompaña la pretensión de la parte demandante, es notable, por vía de ejemplo, la falta de las exigencias económicas o los comunicados a los que usualmente acuden los delincuentes que se dedican al secuestro y a la extorsión, manifestaciones estas que razonablemente habrían podido sugerir el secuestro del desaparecido. En otras palabras, la acción de tutela no releva de la prueba del secuestro, delito que no se presume o infiere de la simple desaparición de una persona’<sup>14</sup>.”<sup>15</sup> (Se subraya).

En consecuencia, de conformidad con la jurisprudencia en mención, es evidente que si no aparece demostrado ningún hecho que señale la posible ocurrencia del delito de secuestro, la acción de tutela se torna improcedente para solicitar la continuidad en el pago de los salarios del desaparecido a sus beneficiarios.

4. De los requisitos de procedencia de la acción de tutela; necesidad de que exista una actuación u omisión concreta y determinable por parte del sujeto pasivo de la acción.

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como un mecanismo al cual tiene acceso toda persona para reclamar en cualquier momento y lugar, la protección de sus derechos fundamentales en el evento en que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos

establecidos en la ley. Así, quien considere que se encuentra en una situación que afecte sus derechos fundamentales tiene la posibilidad de acudir a la acción de tutela en procura de la protección de los mismos, siempre que no cuente con otro medio idóneo de defensa judicial, a menos que se solicite como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela se caracteriza, además, por su informalidad, lo que implica que puede ser presentada por cualquier persona, independientemente de su edad, sexo, raza, condición económica o profesional y que su formulación no debe responder a ninguna técnica específica, al punto que ella puede ser presentada en forma verbal ante cualquier autoridad judicial, quien se encuentra en la obligación de darle el trámite establecido en la ley.

Ahora bien, en cuanto a los requisitos de procedibilidad de la acción, uno de ellos responde a la necesidad de que exista una actuación u omisión concreta y atribuible a una autoridad o a un particular, frente a la cual sea posible establecer la efectiva violación de los derechos fundamentales que se alegan como conculcados por el peticionario, de tal manera que sobre la base de actos u omisiones eventuales o presuntos que no se han concretado no es posible acudir al mecanismo de amparo constitucional, ya que ello resultaría violatorio del debido proceso de los sujetos pasivos de la acción, atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y, en ciertos eventos, podría constituir un indebido ejercicio de la tutela, ya que se permitiría que el peticionario pretermite los trámites y procedimientos que señala el ordenamiento jurídico como los adecuados para la obtención de determinados objetivos específicos, para acudir directamente al mecanismo de amparo constitucional en procura de sus derechos.

En ese orden de ideas, esta Corporación, mediante sentencia SU-975 de 200316, al pronunciarse sobre un caso en el que un conjunto de pensionados y personas sustitutas de pensionados por la Caja Nacional de Previsión, solicitaban la protección de sus derechos de petición e igualdad supuestamente vulnerados por la negativa de Cajanal a reconocer la nivelación pensional, consideró que, como quiera que algunos de los accionantes no habían presentado ninguna solicitud de nivelación ante la entidad accionada, no había lugar a sostener la violación de derecho fundamental alguno, ya que no existió una acción u omisión que potencialmente o de hecho vulnerara o amenazara los derechos fundamentales de los peticionarios, tal y como lo exige el artículo 86 de la Constitución. Bajo esa consideración, en dicha providencia la Corte Constitucional concluyó: “sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado y, en consecuencia, las decisiones de los jueces que denegaron las respectivas acciones de tutela serán confirmadas”.

En el mismo sentido y con anterioridad a la mencionada sentencia, esta Corporación ya había señalado:

“Así las cosas, no puede la Sala de Revisión entrar a decidir sobre la discriminación alegada por el demandante, en relación con otros exmagistrados de las altas cortes en cuanto al reajuste de su pensión de jubilación, porque la violación del derecho a la igualdad invocado por el apoderado del actor como “cargo único”, resulta ser incierta e hipotética, no se ha dado y, como se señaló, según lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico la

vulneración al demandante de un derecho fundamental o, por lo menos, la amenaza seria y actual de su vulneración, circunstancia que en el caso concreto hasta ahora no se ha presentado.”<sup>17</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto)

En conclusión, la procedencia del mecanismo de amparo constitucional implica necesariamente que exista alguna conducta u omisión atribuible al sujeto pasivo de la acción, de tal manera que sea posible analizar si ésta ha comportado una vulneración de los derechos fundamentales del peticionario.

Hechas las anteriores consideraciones, entra la Sala a efectuar el análisis del caso concreto.

## 5. Caso concreto

Tal como se estableció en el acápite de antecedentes de esta providencia, la presente acción de tutela involucra dos pretensiones claramente diferenciables; por un lado, la relacionada con la continuidad en el pago de los salarios que venía devengando el señor Oscar Murillo Mena en favor de la actora y, por el otro, frente a las consideraciones expuestas por los jueces de instancia, la supuesta responsabilidad de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en la alegada vulneración de los derechos fundamentales de la accionante y de sus menores hijos.

Así, respecto de la primera pretensión, mientras que la señora Yolima Rodríguez Gómez considera que tiene derecho a seguir percibiendo los salarios de su esposo por parte de la Sociedad INCOPAC S.A., esta entidad afirma que, en este caso, las circunstancias en las cuales se produjo la desaparición del señor Murillo Mena no encuadran dentro de los supuestos previstos por la jurisprudencia constitucional para el efecto. Por su parte, frente a la supuesta vulneración de los derechos fundamentales de la accionante y de sus menores hijos por parte de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., ésta entidad sostiene que la actora nunca ha presentado ningún tipo de solicitud para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por lo que no es posible establecer responsabilidad alguna en la alegada vulneración de los derechos fundamentales de la peticionaria, máxime cuando el ordenamiento jurídico prevé que el trámite de reconocimiento de derechos pensionales exige una solicitud previa a la que se anexen los documentos y soportes necesarios para la adopción de la decisión correspondiente.

En este escenario, la Sala empezará por establecer si, con fundamento en la jurisprudencia constitucional reseñada en el acápite de consideraciones generales de la presente sentencia, la Sociedad INCOPAC S.A. está obligada a continuar con el pago de los salarios del desaparecido Oscar Murillo Mena, para luego analizar la situación respecto del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

5.1. En primer lugar, observa la Sala que, si bien está acreditada la existencia de un vínculo laboral entre el señor Oscar Murillo Mena y la Sociedad de Inversiones de la Costa Pacífica S.A. - INCOPAC S.A., y aunque, por lo menos de manera sumaria, existe prueba del vínculo matrimonial que une a la accionante y al mencionado trabajador, lo cierto es que la desaparición del señor Murillo no se debe a que haya sido sujeto pasivo del delito de secuestro o de desaparición forzada, ya que, tal como lo señala la señora Rodríguez Gómez y se encuentra demostrado en el expediente, ésta tuvo lugar como consecuencia de un

incidente en el mar de las playas de Juanchaco, municipio de Buenaventura, el día 13 de agosto de 2005, cuando el cónyuge de la actora se encontraba de paseo en compañía de algunos familiares, momento en el cual, según manifiesta la peticionaria, “un remolino lo sumergió a las profundidades del agua” y, a partir de ese incidente, no se tiene ninguna noticia de su paradero.

Así, como quiera que, tal como se señaló con anterioridad, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la orden para el pago de salarios solamente es procedente cuando se acredita con absoluta certeza que (i) el trabajador ha desaparecido por haber sido sujeto pasivo del delito de secuestro o de desaparición forzada y (ii) que esta situación se ha presentado en el ejercicio de actividades propias del cargo, lo que imposibilita que pueda prestar sus servicios y lo coloca en un estado de indefensión, resulta claro que, en el presente asunto, no se cumplen los supuestos fácticos necesarios para ordenar el pago solicitado.

En primer lugar, por cuanto del material probatorio que obra en el expediente surge con claridad que la desaparición del señor Murillo Mena se debió a circunstancias muy distintas a las de haber sido víctima del delito de secuestro o de desaparición forzada. En efecto, tal como lo afirma la propia accionante y se encuentra ampliamente acreditado en el expediente, su desaparición se produjo como consecuencia de un accidente que sufrió en las playas de Juanchaco, lo que excluye de suyo la posibilidad de sostener que la misma es consecuencia de un hecho delictivo. Pero, adicionalmente y en segundo término, es evidente que cuando se presentó el desafortunado incidente el cónyuge de la peticionaria no se encontraba ejerciendo ninguna actividad propia de su cargo o relacionada con el servicio o respecto de la cual sea posible establecer alguna responsabilidad en cabeza del empleador, ya que su desaparición tuvo ocurrencia cuando el cónyuge de la peticionario disponía de su tiempo libre y se encontraba de paseo con su familia.

De tal manera que, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que “la sola circunstancia del desaparecimiento no configura el derecho a continuar recibiendo el mencionado pago salarial”<sup>18</sup>, debe concluirse que, en el presente caso, no hay lugar a ordenar mediante este mecanismo de amparo constitucional a la Sociedad INCOPAC S.A. que continúe con el pago de los salarios a favor de la accionante.

5.2. Ahora bien, en cuanto a la supuesta responsabilidad por la asunción del riesgo que los jueces de instancia radicaron en cabeza de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, la Sala no comparte las consideraciones expuestas por dichas autoridades judiciales.

En efecto, de la situación fáctica descrita en el acápite de antecedentes de la presente providencia y de las pruebas aportadas al proceso de tutela, se desprende claramente que la accionante en ningún momento ha elevado algún tipo de solicitud o petición ante el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con el fin de obtener el reconocimiento del derecho a percibir pensión de sobrevivientes a su favor o en el de sus menores hijos. Esta situación fue reconocida por los jueces de instancia, quienes consideraron que a pesar de ello, como quiera que con posterioridad a la desaparición del señor Oscar Murillo Mena dicha entidad había enviado una comunicación a la Sociedad INCOPAC S.A., donde se señalaba que a la

solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes debía acompañarse la prueba del fallecimiento del afiliado, esto es, el registro civil de defunción -que en estos casos se obtiene una vez se ha adelantado el proceso declarativo de presunción de muerte por desaparecimiento- esa afirmación podía llegar a comportar una vulneración de los derechos fundamentales de la accionante.

Para esta Sala, la situación sobre la cual los jueces de instancia fundamentaron su decisión, corresponde a un supuesto eventual o presunto que no se ha materializado y, en consecuencia, no es posible afirmar que éste tenga la virtualidad de producir una actual y efectiva violación de los derechos de la actora, ni tampoco puede ser considerado como una amenaza para la vigencia de los mismos, ya que no existe ninguna actuación u omisión específica y concreta que sea atribuible a Porvenir S.A. y respecto de la cual pueda derivarse la vulneración de los derechos de la accionante.

En efecto, teniendo en cuenta lo establecido en el acápite de consideraciones generales de esta providencia, para que fuera posible establecer en cabeza de Porvenir S.A. algún tipo de responsabilidad, es absolutamente necesario determinar con claridad cuál fue la conducta u omisión desplegada por la entidad y de qué manera ésta comportó una vulneración de derechos de rango fundamental. Sin embargo, en este caso, lo cierto es que la accionante ni siquiera ha elevado la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, lo que corresponde al procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico para el efecto, por lo que la entidad no ha tenido la posibilidad de hacer efectivo el derecho invocado por la interesada o, por lo menos, de efectuar el análisis del caso concreto, todo lo cual lleva a concluir que Porvenir S.A. no ha incurrido en ninguna actuación u omisión lesiva de derechos de rango fundamental, tal como lo exige el artículo 86 de la Constitución.

En este escenario, la decisión adoptada por los jueces de instancia se fundó en una eventual y presunta situación que no se ha concretado y que, por tanto, no ha generado la supuesta violación de los derechos fundamentales de la actora, de tal manera que, sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental, no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger a la interesada.

En consecuencia, las decisiones de instancia objeto de revisión, que concedieron la tutela solicitada, deberán ser revocadas por las razones expuestas en la presente providencia.

#### IV. DECISIÓN.

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

#### RESUELVE

Primero. REVOCAR las sentencias de tutela proferidas los días dieciocho (18) de abril y cuatro (04) de julio de dos mil seis (2006), por el Juzgado Veintidós Penal Municipal de Santiago de Cali, Valle del Cauca, y por el Juzgado Trece Penal del Circuito de la misma ciudad, respectivamente, mediante las cuales se resolvió conceder la acción de amparo constitucional promovida por Yolima Rodríguez Gómez contra la Sociedad de Inversiones de la Costa Pacífica S.A. - INCOPAC S.A. y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y

Cesantías - PORVENIR S.A., para, en su lugar, NEGAR el amparo tutelar solicitado frente a la Sociedad INCOPAC S.A. y DECLARAR LA IMPROCEDENCIA de la presente acción en relación con PORVENIR S.A.

Segundo. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

2 Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

3 Folio 45 del cuaderno No. 1.

4 El apoderado de la entidad cita, entre otras, las sentencias T-001 de 1992, T-038 de 1997, T-549 de 2002 y SU-879 de 2000.

5 Folio 238 del cuaderno No. 1.

6 Folio 240 del cuaderno No. 1.

7 Folio 243 del cuaderno No. 1.

8 Folio 252 del cuaderno No. 1.

9 La citada providencia tuvo ponencia del H. Magistrado Hernando Herrera Vergara. En la sentencia, la Corte Constitucional amparó los derechos fundamentales a la vida, a la subsistencia y a la integridad familiar de la esposa y de la hija de un trabajador estatal que había sido víctima del delito de secuestro por parte de un grupo subversivo y al que desde la ocurrencia de ese suceso se le suspendió el pago del salario y ordenó a la Seccional Bolívar del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, quien fungía como empleador del secuestrado, que pagara esos conceptos desde el día en que se produjo el hecho delictivo y hasta luego

de transcurridos dos años, pues para entonces era posible que se adelantara el proceso de presunción de muerte por desaparecimiento y que los familiares se aseguraran la representación legal y la protección patrimonial del secuestrado.

10 Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

12 Al respecto, véase las sentencias T-788 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-1247 de 2004, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

13 En efecto, la exigencia de este requisito ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias T-637 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-105 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz y T-1247 de 2004, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

14 Sentencia T-158 de 1996. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

15 Sentencia T-292 de 1998, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

16 Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

17 Sentencia T-066 de 2002, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

18 Sentencia T-498 de 2003, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.