

Sentencia T-1298/05

LICENCIA DE MATERNIDAD-Objeto/LICENCIA DE MATERNIDAD-Hace parte del mínimo vital

LICENCIA DE MATERNIDAD-Reglas para que proceda el pago por tutela

LICENCIA DE MATERNIDAD-Periodos mínimos de cotización para reconocimiento y pago

LICENCIA DE MATERNIDAD-Aplicación de normas constitucionales cuando existe duda acerca de si la cotización se extendió o no a todo el periodo de gestación

La aplicación estricta del requisito de haber cotizado durante todo el período de gestación, provoca que el derecho a la prestación económica relativa a la licencia por maternidad sea inocuo, razón por la cual en el evento en que exista duda acerca de si la cotización se extendió o no a todo el período de la gestación, deben aplicarse las normas constitucionales que abrogan para que durante el embarazo y después del parto, la mujer goce efectivamente de especial asistencia y protección del Estado, así como su menor hijo. Por ello, en el caso bajo revisión la Sala utilizará la técnica empleada por esta Corte en la Sentencia T-304 de 2004, y aplicará las normas de mayor jerarquía, esto es, las constitucionales, que constituyen un plexo de garantías para las mujeres en la época del parto y para los hijos de éstas menores de un año (C.P. 43, 44, 50 y 53).

LICENCIA DE MATERNIDAD-Procedencia de tutela aún cuando exista discusión sobre si la madre ha cotizado o no durante todo el periodo de gestación

LICENCIA DE MATERNIDAD-Si la trabajadora no cotiza todo el periodo de gestación el pago corresponde al empleador cuando este ha incumplido sus deberes frente al sistema de seguridad social

Si la trabajadora no cotiza durante todo el período de gestación el pago de la licencia es responsabilidad del empleador. Pero, para que pueda imputarse tal responsabilidad al empleador deberá constatar que éste ha incumplido los deberes que tiene frente al sistema de seguridad social. Es decir, deberá demostrarse que el empleador no pagó los aportes o que éstos fueron rechazados por extemporáneos. Por ello, precisamente, en el presente caso no puede atribuirse responsabilidad alguna a la Proveedora de Cosméticos GHEM en punto al reconocimiento y pago a la actora de la licencia por maternidad, ya que

vinculó a ésta como trabajadora dependiente de manera oportuna y realizó los aportes en tiempo.

Referencia: expediente T-1183329

Acción de tutela interpuesta por Lilian Marcela Infante Rico contra Proovedora de Cosméticos LTDA-GHEM-.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Bogotá, D. C., siete (7) de diciembre del dos mil cinco (2005)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y ALFREDO BELTRÁN SIERRA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos planteados en la demanda.

Manifiesta la accionante, que el día 4 de octubre de 2004, inició un contrato de trabajo con el señor Jesús Rodríguez, representante legal de la Proovedora de Cosméticos GHEM.

Afirma, que para la fecha mencionada no tenía conocimiento alguno de su estado de embarazo, razón por la cual no avisó al señor Rodríguez de la situación.

Aduce la peticionaria, que el día 26 de octubre de 2004, se realizó una prueba de sangre debido a sus continuos malestares, en donde se le informó de su estado de embarazo. Así, que en el momento en que se enteró de su estado, le informó al señor Jesús Rodríguez y a su esposa la señora Gloria Junco, al considerar necesario que ellos estuvieran al tanto de lo que le sucedía, sin embargo, que ellos fueron muy condescendientes y no mostraron molestia

alguna.

Asevera la accionante, que desde el mismo día en que ingresó a trabajar con la Proveedora de Cosméticos GHEM, fue vinculada como cotizante a Coomeva EPS, en donde le fueron realizados varios controles, entre los que se encuentran ecografías y pruebas de rutina.

Sostiene, que antes de entrar a trabajar con el señor Jesús Rodríguez se encontraba vinculada en Coomeva EPS como cotizante ya que trabajó con el señor Jairo Alirio Gómez, por lo que fue afiliada a la misma.

Indica entonces, que a la fecha de nacimiento de su hija le fueron enviados al señor Jesús Rodríguez los certificados pertinentes para el pago de la licencia de maternidad, los cuales le fueron devueltos, motivo por el cual, se acercó a la oficina de trabajo en donde fueron citados para lograr un acuerdo amistoso, sin que su empleador asistiera, dejándola con la carga de no saber que puede ocurrir con su licencia de maternidad y su respectivo pago.

Finalmente, considera la accionante que el ente demandado viola sus derechos y los de su hija a la vida digna, mínimo vital, a la igualdad y a la salud, en la medida en que no se encuentra trabajando, además de su condición de madre cabeza de familia, y tiene que velar por la salud, el bienestar y la vida de su pequeña hija. Por lo anterior solicita, se ordene al señor Jesús Rodríguez, representante legal de la Proveedora de Cosméticos GHEM, reconozca y pague la licencia de maternidad.

2. Contestación de la entidad demandada

Manifiesta, que el motivo por el cual no le ha sido cancelada la licencia de maternidad a la peticionaria, es porque es COOMEVA EPS, quien le corresponde efectuar el pago de la licencia, dado que desde el inicio del contrato laboral la trabajadora fue afiliada al Sistema de Seguridad Social, según lo previsto en el artículo 207 de la Ley 100 de 1993.

1. Contestación de Coomeva E.P.S

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Cúcuta, decide integrar al contradictorio a Coomeva E.P.S. La Directora de la Oficina sostiene que una vez consultada su base de datos encontró

que la accionante está afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el programa del régimen contributivo en calidad de cotizante, con novedad de reingreso desde el día 4 de octubre de 2004, ya que fue retirada por su anterior empleador con fecha 1 de septiembre de 2004, y a la fecha se encuentra activa.

Afirma, que de conformidad con la legislación en seguridad social, para acceder al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad se establecen dos requisitos a saber: el primero de ellos, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo el período de gestación y el segundo, haber realizado por lo menos 4 de los últimos seis pagos anteriores a la fecha de causación del derecho dentro de las fechas correspondientes.

Sostiene, que verificada la fecha de nacimiento de la hija de la accionante, mayo de 2005, se concluyó que ésta no había cotizado por un período igual al período de gestación, y que al momento de afiliación, la usuaria ya se encontraba en estado de gravidez, por cuanto el nacimiento se produjo siete meses después de su afiliación.

Aduce, que al no cumplir con el primer requisito exigido, es decir, la cotización al Sistema General de manera ininterrumpida durante los nueve meses del período de gestación, no es pertinente entrar a revisar las fechas de los pagos realizados.

Indica igualmente, que Coomeva E.P.S ha cumplido su obligación de brindarle los servicios de salud a la accionante y a la menor, motivo por el cual no existe vulneración a los derechos a la salud, la vida y la seguridad social.

Finalmente, arguye que no es viable proceder al reconocimiento económico derivado de la licencia de maternidad, por cuanto no se reunieron los requisitos exigidos en la normatividad para ello.

3. Pruebas que obran dentro del expediente.

* Copia del carné de afiliación a Coomeva E.P.S y copia de la cédula de ciudadanía de Lilian Marcela Infante Rico. (folio 1).

* Fotocopia de la licencia de maternidad expedida por Coomeva E.P.S a nombre de la señora Lilian Marcela Infante Rico, en la que se consigna que los 84 días de incapacidad iniciaron desde el 10 de mayo de 2005 y terminaron el 1 de agosto de 2005. (folio 2).

* Copia de controles médicos efectuados a la menor (folio 3).

* Copia de constancia de entrega del certificado de incapacidad por concepto de maternidad por parte de Lilian Marcela Infante al señor Jesús Rodríguez, en donde se solicita se haga el respectivo trámite para el pago de la licencia de maternidad. (folio 4).

* Copia de carta dirigida a Lilian Marcela Infante Rico en donde se devuelve el certificado de incapacidad original, suscrita por Olga Orduz Forero "Secretaria". (folio 5).

* Copia del certificado de registro de Coomeva proferido por la Cámara de Comercio de Cúcuta. (folios 29 al 30).

* Constancia expedida por la coordinación operativa de Coomeva E.P.S oficina Cúcuta, en donde aparece el estado de afiliación de la accionante. (folio 31).

II. DECISION JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

1. Sentencia de Primera Instancia.

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Cúcuta, mediante sentencia de 21 de julio de 2005, deniega las pretensiones de la actora al determinar que la accionante no tiene derecho al pago de la licencia de maternidad toda vez que no cumple con el mínimo de semanas

cotizadas, ya que al momento de su afiliación, la usuaria se encontraba en estado de gravidez.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia

La Sala Novena de Revisión de la Corte es competente para conocer el fallo objeto de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes.

1. Problema Jurídico a resolver

Para efectos de resolver el anterior problema jurídico la Sala abordará el estudio de los siguientes temas: (i) la naturaleza de la licencia de maternidad, (ii) los períodos mínimos de cotización para reconocimiento y pago de la licencia por maternidad.. Una vez abordados estos asuntos, entrará a determinar si la señora Lilian Marcela Infante Rico tiene o no derecho al amparo solicitado.

2.1 Naturaleza de la licencia de maternidad

El artículo 43 de la Constitución Política establece que:

ARTICULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia. (negrillas fuera del texto).

La Constitución, además, protege a las madres con el propósito de salvaguardar a los niños, cuyos derechos, según expreso mandato superior, prevalecen sobre los demás (Art. 44 de la Constitución Política).

Es evidente que la mujer en el momento del parto y durante el periodo posterior al mismo, requiere de la protección especial mencionada, toda vez que su capacidad física y laboral se ve disminuida notablemente.

La licencia de maternidad es una protección consagrada por la ley en beneficio de la maternidad. Es una prestación económica prevista en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, norma modificada por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990, la cual dispone que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de 12 semanas en la época del parto y remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

Sobre la finalidad de la licencia de maternidad, la Corte en sentencia T-559 de 2005, MP. Rodrigo Escobar Gil, estimó que el descanso remunerado en la época del parto y con posterioridad al mismo tiene por objeto “permitir a la madre recuperarse físicamente después de haber pasado por la experiencia de un alumbramiento, con el fin de que pueda atender sus necesidades propias y las del recién nacido, así como también brindarle al menor las condiciones que permitirán su desarrollo, no solamente físico sino también emocional y afectivo durante las primeras semanas de su vida”.¹

Así mismo, esta Corporación en sentencia T-999 de 2003, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería, consideró que dicha prestación económica tiene como finalidad reconocer y pagar en favor de la madre, un descanso que le permita “recuperarse físicamente y cuidar de su hijo, para lo cual resulta indispensable, contar con los medios económicos que le permitan velar por su subsistencia y la de su menor hijo, en la época próxima y posterior al parto, con las mismas condiciones que si se encontrara laborando.”²

De igual forma, en sentencia T-664 de 2002, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte sostuvo que la licencia de maternidad hace parte del mínimo vital y está ligada con el derecho a la vida en condiciones dignas. Al respecto la Corte concluyó:

“el mínimo vital es aquella porción absolutamente indispensable para cubrir las necesidades básicas de alimentación, vestuario, educación y seguridad social. Para esto, se requiere de la existencia de recursos económicos que permitan una vida digna y justa”.

...La licencia de maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho

fundamental a la subsistencia, por lo tanto su no pago vulnera el derecho a la vida. La licencia de maternidad equivale al salario que devengaría la mujer en caso de no haber tenido que interrumpir su vida laboral, y corresponde a la materialización de la vacancia laboral y del pago de la prestación económica”³.

Así pues, una manifestación directa del trato preferente que se le debe dar a la mujer durante el embarazo y después del parto es la licencia remunerada, la cual además de ser una prestación económica definida en la ley, hace parte del mínimo vital, pues, equivale al salario que devengaría la madre en el caso de no haber tenido que interrumpir su vida laboral. La finalidad de la licencia es proveer un descanso remunerado a la mamá en la época del parto y con posterioridad al mismo, para que se recupere físicamente y pueda atender sus necesidades básicas y las del recién nacido en las mismas condiciones que si se encontrara laborando, para lo cual es necesario que cuente con medios económicos.

Teniendo en cuenta que éste derecho es una prerrogativa de orden legal, en principio, deberá discutirse ante la jurisdicción ordinaria laboral. No obstante, la Corte ha considerado⁴ que la falta de pago oportuno de la licencia de maternidad puede ocasionar la vulneración del derecho fundamental de la madre y del menor a una vida en condiciones dignas, cuando el valor que se percibe por éste concepto durante el período de licencia constituye su único sustento.

Por ello, debe tenerse en cuenta que a pesar de que la licencia de maternidad como derecho específico dentro de la protección a la maternidad y en general de la seguridad social, tiene un contenido eminentemente prestacional, ubicándose como un derecho de categoría económica, puede llegar a constituirse en un derecho fundamental cuando por conexidad se afectan derechos y principios que como la dignidad humana y los derechos del niño.

Al respecto, esta Corporación a través de múltiples providencias⁵, ha previsto la procedencia excepcional y subsidiaria de la acción de tutela para ordenar su pago, teniendo en cuenta que el otro mecanismo judicial con que cuenta la madre (acción ordinaria laboral) no resultaría eficaz o idóneo para proteger de forma inmediata su mínimo vital y el de su hijo.

Las reglas que la jurisprudencia de esta Corporación ha delineado para la procedencia de una acción de tutela orientada al pago de una licencia de maternidad, fueron recogidas en sentencia T- 1014 de 2003, MP, Eduardo Montealegre Lynett, en los siguientes términos, a

saber:

“a. En principio se trata de un derecho prestacional y, en consecuencia, no susceptible de protección por vía del amparo constitucional. No obstante, cuando se halla en relación inescindible con derechos fundamentales de la madre o del recién nacido - tal es el caso de los derechos a la vida digna, a la seguridad social y a la salud -, el derecho al pago de la licencia de maternidad configura un derecho fundamental por conexidad y, por tanto, susceptible de protección por vía de tutela. (Sentencias T-175/99, T-210/99, T-362/99, T-496/99, T-497/02 y T-664/02).

b. Cuando la satisfacción del mínimo vital de la madre y del recién nacido dependen del pago de la licencia de maternidad, el reconocimiento de este derecho deja de plantear un tema exclusivamente legal, sometido a la justicia laboral, y se torna constitucionalmente relevante. En estos supuestos excepcionales, el pago de la licencia de maternidad puede ser ordenado por el juez de tutela. (Sentencias T-568/96, T-270/97, T-567/97, T-662/97, T-104/99, T-139/99, T-210/99, T-365/99, T-458/99, T-258/00, T-467/00, T-1168/00, T-736/01, T-1002/01 y T-707/02).

c. La entidad obligada a realizar el pago es la empresa promotora de servicios de salud, con cargo a los recursos del sistema de seguridad social integral. No obstante, si el empleador no pagó los aportes al sistema de seguridad social en salud o si los aportes fueron rechazados por extemporáneos, es él el obligado a cancelar la prestación económica. (Sentencias T-258/00 y T-390/01).

d. Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos fueron aceptados en esas condiciones por la entidad promotora del servicio de salud, hay allanamiento a la mora y por tanto aquella no puede negar el pago de la licencia (Sentencias T-458/99, T-765/00, T-906/00, T-950/00, T-1472/00, T-1600/00, T-473/01, T-513/01, T-694/01, T-736/01, T-1224/01, T-211/02, T-707/02 y T-996/02).

e. Para que la vulneración del mínimo vital por la falta de pago de la licencia de maternidad genere amparo constitucional es preciso que el cumplimiento de esa prestación económica sea planteado por la madre ante los jueces de tutela dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo. (T-999/03).”

De lo anterior se infiere que la licencia de maternidad a pesar de ser una prestación de orden legal, puede ordenarse su pago por vía de tutela cuando su no reconocimiento vulnere la calidad de vida, la seguridad social, la salud y el mínimo vital de la madre e hijo.

2.2 Períodos mínimos de cotización para reconocimiento y pago de la licencia por maternidad. Procedencia de la acción de tutela aún cuando exista discusión sobre periodos de cotización.

En relación con el pago de la licencia de maternidad, el decreto 1804 de 1999, dispone lo siguiente:

“Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

(...)

2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora.”

A su vez, el decreto 047 de 2006, dispone que para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de

prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión.

Ahora bien, si la trabajadora no cotiza durante todo el período de gestación el pago de la licencia es responsabilidad del empleador, tal y como lo establece el artículo 3 del decreto 047 de 2000, cuando dispone que es deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Sin embargo, para que pueda imputarse tal responsabilidad al empleador deberá constatar que éste ha incumplido los deberes que tiene frente al sistema de seguridad social. Es decir, deberá demostrarse que el empleador no pagó los aportes o que éstos fueron rechazados por extemporáneos⁷.

Igualmente, esta Corte ha considerado que la negativa de las E.P.S a pagar la licencia de maternidad por no haber cotizado durante todo el período correspondiente a la gestación, en ciertos casos, constituye un argumento formal que se pretende hacer prevalecer sobre lo verdaderamente sustancial, que es el derecho al descanso remunerado en la época del parto.

Esta Corporación en Sentencia T- 304 de 2004, con ponencia del Magistrado Jaime Araujo Rentería al respecto consideró lo siguiente:

“De otro lado, el Instituto de Seguros Sociales no puede escudarse válidamente en que la actora no cotizó durante todo el período de gestación. En realidad, la negativa de esa entidad a reconocer y pagar la licencia se funda en un argumento formal que se pretende hacer prevalecer sobre lo verdaderamente sustancial, que es el derecho al descanso remunerado en la época del parto. Y es que no puede desconocerse que la actora empezó a cotizar como trabajadora independiente desde el mes de marzo de 2002, por lo cual la misma cotizó más de ocho meses anteriores al parto, ni puede pasar inadvertido que existe duda acerca de si la cotización se extendió o no a todo el período de la gestación, como quiera que los demandados no probaron que la peticionaria estaba embarazada en el mes de febrero de 2002. En particular, la Sala observa que esa duda no puede ser esgrimida en perjuicio de la peticionaria y de sus menores hijas. Y en tal sentido destaca que las normas precitadas

contienen un requisito -haber cotizado durante todo el período de la gestación- cuya aplicación mecánica en casos como el presente provoca que el derecho a la prestación económica relativa a la licencia por maternidad sea inocuo. Por ello, en el caso bajo revisión aplicará las normas de mayor jerarquía, esto es, las constitucionales, que constituyen un plexo de garantías para las mujeres en la época del parto y para los hijos de éstas menores de un año.”

De modo que, la aplicación estricta del requisito de haber cotizado durante todo el período de gestación, provoca que el derecho a la prestación económica relativa a la licencia por maternidad sea inocuo, razón por la cual en el evento en que exista duda acerca de si la cotización se extendió o no a todo el período de la gestación, deben aplicarse las normas constitucionales que abrogan para que durante el embarazo y después del parto, la mujer goce efectivamente de especial asistencia y protección del Estado, así como su menor hijo.

2.3 Caso Concreto

De acuerdo con los hechos y jurisprudencia reseñados, procede esta Sala a determinar si la EPS Coomeva y la Proveedora de Cosméticos GHEM han vulnerado los derechos fundamentales de la señora Lilian Marcela Infante Rico y de su hija, al negarse a pagar la licencia de maternidad, bajo el argumento de no haber cotizado durante todo el período de gestación, y en tal evento, establecer a quien corresponde asumirla.

Para resolver el caso encuentra la Sala que la accionante reclama el pago de la de la licencia de maternidad, como sustento económico de su hija y el suyo propio. Por su parte, el empleador se niega a cancelar tal prestación, argumentado que a quien corresponde pagarla es a Coomeva E.P.S, entidad a la que se encuentra afiliada la accionante. A su vez, la E.P.S accionada se niega a efectuar dicho pago por cuanto no se realizaron los pagos durante todo el período de gestación.

De los hechos narrados por la accionante, la Sala observa que es una madre cuyo contrato terminó el 5 de octubre de 2005, y que la licencia de maternidad es el único dinero o ayuda con la que cuenta para solventar sus necesidades y las de su hija, constituyéndose en su mínimo vital.

En relación con la negativa de Coomeva EPS de pagar la licencia de maternidad por no haber

cotizado durante un período equivalente al período de gestación, encuentra la Sala que de las pruebas aportadas se pudo constatar que según la constancia expedida por la Coordinación Operativa de la misma entidad⁸, la situación de la afiliación de la accionante se encuentra de la siguiente manera:

EMPRESA

FECHA INGRESO

FECHA RETIRO

2001/05/19

2001/09/29

GOMEZ F. JAIRO ALIRIO

2002/07/11

2003/08/30

GOMEZ F. JAIRO ALIRIO

2004/02/19

2004/09/01

PROV.COSMETICOS GHEM

2004/10/04

ACTIVA

De lo anterior, se concluye que la señora Lilian Marcela Infante Rico aportó a salud durante el período de gestación ocho meses, estando inactiva solamente el mes de septiembre de 2004, por retiro del sistema. Igualmente, se aprecia que cotizó los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho, esto es, el 10 de mayo de 2005 fecha de nacimiento de la hija de la accionante, tal como lo dispone el decreto 1804 de 1999.

De otro lado, Coomeva E.P.S no puede escudarse válidamente en que la actora no cotizó durante todo el período de gestación. En realidad, como se anotó anteriormente, la negativa de esa entidad a reconocer y pagar la licencia se funda en un argumento formal que se pretende hacer prevalecer sobre lo verdaderamente sustancial, que es el derecho al descanso remunerado en la época del parto, ya que no puede desconocerse que la actora cotizó durante 8 meses anteriores al parto, ni puede pasar inadvertido que existe duda acerca de si la cotización se extendió o no a todo el período de la gestación, como quiera que los demandados no probaron que la peticionaria estaba embarazada en el mes de septiembre de 2004.

En particular, la Sala observa que esa duda no puede ser esgrimida en perjuicio de la peticionaria y de su menor hija. Y en tal sentido destaca que las normas precitadas contienen un requisito -haber cotizado durante todo el período de la gestación- cuya aplicación mecánica en casos como el presente provoca que el derecho a la prestación económica relativa a la licencia por maternidad sea inocuo. Por ello, en el caso bajo revisión la Sala utilizará la técnica empleada por esta Corte en la Sentencia T-304 de 2004, y aplicará las normas de mayor jerarquía, esto es, las constitucionales, que constituyen un plexo de garantías para las mujeres en la época del parto y para los hijos de éstas menores de un año (C.P. 43, 44, 50 y 53).

Sobre la oportunidad del pago como requisito para acceder a la licencia de maternidad, de los hechos se concluye que la accionante no se encuentra en mora con Coomeva E.P.S, así como que sus pagos fueron realizados de manera oportuna, en la medida en que la EPS accionada no discutió nada acerca de la oportunidad en el pago de los aportes y los ha recibido efectivamente. Entonces, si la E.P.S accionada no ejerció las facultades que le otorga la ley para realizar el cobro de lo adeudado (cotizaciones, aportes o intereses moratorios por pagos extemporáneos), no podrá alegar su propia negligencia para el no reconocimiento de la licencia de maternidad a que tiene derecho la demandante.

Ahora bien, si la trabajadora no cotiza durante todo el período de gestación el pago de la licencia es responsabilidad del empleador. Pero, para que pueda imputarse tal responsabilidad al empleador deberá constatar que éste ha incumplido los deberes que tiene frente al sistema de seguridad social. Es decir, deberá demostrarse que el empleador no pagó los aportes o que éstos fueron rechazados por extemporáneos. Por ello, precisamente, en el presente caso no puede atribuirse responsabilidad alguna a la Proveedora de Cosméticos GHEM en punto al reconocimiento y pago a la actora de la licencia por maternidad, ya que vinculó a ésta como trabajadora dependiente de manera oportuna y realizó los aportes en tiempo.

Conforme a lo expuesto, es evidente que en el presente caso se cumplen plenamente los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para proteger el derecho al mínimo vital de la señora Lilian Marcela Infante Rico y de hija menor. En consecuencia se concederá la tutela interpuesta ordenando a Coomeva EPS de Cúcuta, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho pague a la señora Lilian Marcela Infante Rico la licencia de maternidad que se causó el 10 de mayo de 2005.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Cúcutá, la cual negó la tutela interpuesta por LILIAN MARCELA INFANTE RICO en el asunto de la referencia. En su lugar, CONCEDER, por las razones y en los términos de esta sentencia, el amparo a los derechos fundamentales invocados.

SEGUNDO: ORDENAR a Coomeva E.P.S de Cúcuta, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, pague a la señora Lilian Marcela Infante Rico, la licencia de maternidad que se causó el 10 de mayo de 2005.

TERCERO: Por secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver sentencia T- 640 de 2004, MP. Rodrigo Escobar Gil.

2 Ver sentencias T-743 A de 2000, MP. Alejandro Martínez Caballero y T-568 de 1996, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

3 En este sentido se pueden consultar las sentencias T-101 de 2002, MP. Jaime Córdoba Triviño, reiterada por la sentencia T-118 de 2003.

4 Sentencia T-584 de 2004, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

5 Sobre este tema se pueden consultar entre otras las sentencias T-075, T-157, T-161, T-473, T-572, T-736 y T-1224 de 2001.

6 Decreto 047 de 2000, artículo 3 numeral 2.

7 Sentencia T-304 de 2004. Magistrado Ponente. Jaime Araujo Rentería.

8 Ver folio 31 del expediente.