



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201711601828841

Fecha: 18-09-2017

Página 1 de 8

Bogotá D.C.,

URGENTE

**Asunto: Reconocimiento de la licencia de maternidad
Radicado 201742301918152**

Respetado doctor:

Hemos recibido su comunicación, mediante la cual realiza algunas observaciones relacionadas con la solicitud de concepto presentada por la Entidad Promotora de Salud – EPS Aliansalud, bajo radicado 201742301824872, a este Ministerio, en relación con el otorgamiento de la licencia de maternidad, frente a su caso de subrogación de útero por una pareja homoparental. Al respecto y previas las siguientes consideraciones, me permito señalar:

NORMATIVA APLICABLE PARA EL RECONOCIMIENTO DE LICENCIAS DE MATERNIDAD.

En primer lugar, tenemos que el artículo 207 de la Ley 100 de 1993¹, establece que el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud (EPS), la licencia de maternidad.

Sobre el particular, vale la pena indicar que la licencia de maternidad es una prestación económica que reconoce el Régimen Contributivo del SGSSS, la cual emana de las normas laborales, artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo – CST modificado por el artículo 1 de Ley 1468 de 2011, a su vez modificado por el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017, el cual reza:

“Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido.

- 1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.*
- 2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.*
- 3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:
a) El estado de embarazo de la trabajadora;
b) La indicación del día probable del parto, y
c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.*

¹ "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201711601828841

Fecha: 18-09-2017

Página 2 de 8

(...)

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica, se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

(...)"

De otra parte, el artículo 2.1.13.1, del Decreto 780 de 2016 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social", frente al reconocimiento de la licencia de maternidad, estableció:

"Artículo 2.1.13.1. Licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

Cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación se reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación.

(...)"

En este orden de ideas, se concluye que las EPS deberán proceder al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, cuando se ha cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, conforme a lo previsto en el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 de 2016.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA LICENCIA DE MATERNIDAD Y LA PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS NIÑAS Y ADOLESCENTES

Sobre el particular, la Corte Constitucional en Sentencia C-543/2010, donde se demandó por inconstitucional el numeral 4 del artículo 34 de la Ley 50 de 1990, modificatoria del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, al referirse a la figura de la licencia de maternidad, señaló:

"(...)

4. Sentido y alcance de la licencia de maternidad en la legislación laboral.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201711601828841

Fecha: 18-09-2017

Página 3 de 8

4.1. La licencia de maternidad –tal como está concebido este instituto en la legislación laboral, tiene entre sus propósitos principales asegurar que la mujer trabajadora en estado de embarazo esté integralmente protegida –antes y después del parto–, al igual que garantizar a la niñez protección integral.

(...)

4.5. Cabe resaltar acá, que la Constitución de 1991 contempló una amplia protección constitucional a favor de la mujer embarazada, de la madre trabajadora –antes y después del parto– así como de la niñez. Esto, como consecuencia de un conjunto de objetivos sentados de manera expresa en la misma Carta Política, entre los cuales, ocupan lugar preeminente: (i) el logro efectivo de la igualdad entre los géneros (artículo 43 C.P.); (ii) la protección de la vida (artículos 2º, 11, 44); (iii) el amparo de la familia como institución básica de la sociedad (artículos 5º y 42 C. P.); (iv) la garantía de los derechos de la madre en cuanto una manera eficaz **para garantizar también la protección de los derechos de las niñas y de los niños, derechos éstos, que por orden del artículo 44 superior deben ampararse de modo prevalente.** (...)

4.6. Puede decirse, a manera de síntesis, que la figura de la licencia de maternidad tiene una finalidad principal, cual es la de proteger a las mujeres trabajadoras en estado de gravidez, durante la época del embarazo y luego del parto –protección que se extiende, en lo pertinente, a los hombres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente–; así como la de asegurar la protección de la niñez. El amparo que de allí se deriva es, por consiguiente, doble e integral. Es doble, por cuanto se despliega respecto de la madre –y en lo que corresponda, respecto del padre sin cónyuge o compañera permanente–, **a la vez que en relación con los hijos o hijas.** Es integral, toda vez que abarca un conjunto de prestaciones encaminadas a asegurar que las mujeres trabajadoras –incluyendo los hombres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente– y su descendencia dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de calidad y de dignidad.

(...)"

4.9. La jurisprudencia constitucional ha reiterado de modo constante la importancia que tiene la figura protectora de la licencia de maternidad en el ordenamiento jurídico, entre otras, en cuanto desarrollo de la cláusula del Estado Social de Derecho (artículo 1º C. P.); **como derivación específica de la obligación de tomar medidas encaminadas a favorecer grupos discriminados y marginados (artículo 13 C. P.) y en cuanto consecuencia de la aplicación del artículo 43 C. P., con arreglo al cual, debe garantizarse la igualdad de derechos entre hombres y mujeres así como ha de proscribirse cualquier trato discriminatorio edificado sobre la base del género².** Ha dicho la Corte, que la licencia de maternidad constituye un medio eficaz de proteger **los derechos fundamentales de las mujeres –y bajo ciertas circunstancias también de los hombres–, así como de la niñez³.** En otros términos, ha insistido la jurisprudencia constitucional que la licencia de maternidad es un derecho constitucional que se conecta de modo estrecho con otros derechos constitucionales fundamentales como la dignidad, la seguridad social, el mínimo vital y la salud tanto de la madre como de los hijos o hijas.

² Corte Constitucional. Sentencias C- 273 de 2003; C-174 de 2009; T-1167 de 2008; T-127 de 2009.

³ Corte Constitucional. Sentencias T-1078 de 2003; T-1208 de 2008; T-127 de 2009, entre muchas otras.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201711601828841

Fecha: 18-09-2017

Página 4 de 8

*Sobre este extremo, ha destacado la Corte de manera especial las consecuencias positivas que se derivan de la licencia de maternidad no sólo a favor de las madres trabajadoras –y en ocasiones también de los padres trabajadores– sino a favor de la niñez. Esto en conexión con el mandato expreso de protección integral de la niñez derivado de los artículos 42; 43; 44; y 45 superiores. **A partir de los lineamientos protectores consignados en dichas normas constitucionales, se construye un hilo conductor que debe servir de pauta para la interpretación del resto de las normas contempladas en la Constitución Política y en el ordenamiento jurídico.***

Ha insistido la jurisprudencia constitucional en que el interés superior de la niñez debe orientar las políticas públicas así como las prácticas administrativas y judiciales⁴. De este modo, entre todas las medidas que resulta factible implementar, ha de preferirse la que sea más apta para garantizar el máximo de satisfacción de los derechos de los niños, de las niñas y de los adolescentes⁵. En otro términos, estas previsiones deben tenerse en cuenta para fijar el alcance de los derechos constitucionales fundamentales y, desde luego, también de las garantías derivadas de la licencia de maternidad.

(...)” (Negrilla y subrayas fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo expresado por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia antes reseñada, es importante resaltar que la finalidad de la licencia de maternidad, va más allá de proteger a la mujer en estado de embarazo, antes y después del parto, sino que ésta se encuentra directamente relacionada con la protección integral de la niñez, por lo que el máximo tribunal constitucional recuerda que las decisiones de las diferentes autoridades administrativas deben dirigirse a: “(...) *garantizar el máximo de satisfacción de los derechos de los niños, de las niñas y de los adolescentes*”.

Al respecto y guardando correspondencia con lo señalado en el párrafo anterior, vale la pena traer en cita algunos de los apartes de la Sentencia T- 968/09 de la Corte Constitucional, en donde en sede de revisión, frente a un permiso para salir del país de unos menores concebidos por subrogación de útero, se analizaron las decisiones adoptadas por las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y las autoridades judiciales, incluyendo los jueces de tutela, con el propósito

⁴ En virtud de lo allí estipulado, la preservación de los derechos constitucionales fundamentales de la niñez, “no depende de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan un deber de los poderes públicos de concurrir a su entera satisfacción”. Justo en esos términos, se configura la obligación de asistir y de proteger a los niños y a las niñas en su desarrollo armónico e integral por parte de la familia, de la sociedad y del Estado. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-402 de 1992 y SU-043 de 1995; T-598 de 1993; T-408 de 1995.

⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-796 de 2004. A partir de la prevalencia de los derechos de la infancia y adolescencia se extrajo el principio consignado en el artículo 8º de la Ley 1098 de 2006 como “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea’ de todos los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, los cuales son universales, prevalentes e interdependientes”. La Corte Constitucional ha caracterizado el interés superior de la niñez en tanto un asunto real, esto es, que: (i) “se relaciona con las particulares necesidades del [infante] y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (ii) se enlaza con la independencia de los infantes respecto del “criterio arbitrario” de las demás personas y se vincula, por consiguiente, con una protección que no depende, ni puede depender, de la “voluntad o capricho de los padres”, pues busca garantizar la vigencia de “intereses jurídicamente autónomos”; (iii) es, adicionalmente, un concepto relacional, toda vez que “la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser cuidado por la protección de los derechos del [infante]; (iv) comprende asegurar un interés jurídico supremo, es decir, “el desarrollo integral y sano de la personalidad del [infante]”. Corte Constitucional. Sentencias C-273 de 2003 y la T-408 de 1995.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201711601828841

Fecha: 18-09-2017

Página 5 de 8

de establecer las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, donde entre otros, señaló:

“(…)

3. Los menores de edad son sujetos de especial protección y sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás

“(…)

La Corte ha sostenido que la protección especial de los niños y la prevalencia de sus derechos, reconocidos de forma expresa por el artículo 44 constitucional, representan verdaderos valores y principios que no solo están llamados a irradiar la expedición, interpretación y aplicación de todas las normas de justicia imputable a los menores, sino también a orientar la promoción de políticas y la realización de acciones concretas dirigidas al logro de su bienestar físico, moral, intelectual y espiritual;⁶ entendiendo dicho bienestar como una de las causas finales de la sociedad y del Estado, y como un objetivo del sistema jurídico.⁷

La jurisprudencia constitucional ha considerado que en la medida en que los derechos de los menores tienen el carácter de fundamentales y prevalentes, la obligación de asistencia y protección necesariamente adquiere esa connotación, por lo que resulta constitucionalmente inadmisibles que se antepongan otros cometidos para dilatar la eficacia del Estado y la sociedad en el objetivo de asegurar el bienestar de los menores, toda vez que, por mandato de la Carta, “el deber hacia éstos prevalece sobre cualquier otra consideración social, política, jurídica o económica”.⁸

Este tratamiento preferencial del menor como interés jurídico relevante, que implica adoptar “una forma de comportamiento determinado, un deber ser, que delimita la actuación tanto estatal como particular en las materias que los involucran”.⁹ encuentra un claro respaldo y reconocimiento en el derecho internacional contemporáneo a través del llamado principio del interés superior del menor, consagrado por primera vez en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos del niño, y posteriormente reproducido en otros instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Igualmente, **el Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 9 ha consagrado la prevalencia de los derechos de los menores, al disponer que (i) “en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona”; y (ii) “en caso de conflicto entre dos o más disposiciones**

⁶ Sentencia C-019 de 1993 (MP. Ciro Angarita Barón).

⁷ Sentencia T-029 de 1994 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa).

⁸ *Ibidem*.

⁹ Sentencia C-1064 de 2000 (MP. Álvaro Tafur Galvis).



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201711601828841**

Fecha: **18-09-2017**

Página 6 de 8

legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

(...)" (Negrilla y subrayas fuera de texto)

ANALISIS JURÍDICO

Haciendo una lectura de la legislación vigente relacionada con la licencia de maternidad, se hace evidente que la intención del legislador ha sido y será la de proteger el interés superior del menor desde sus primeros meses de vida, tal y como se indicó en la exposición de motivos que llevó a la modificación del artículo 236 del C.S.T, hoy Ley 1822 de 2017, publicada en la Gaceta del Congreso No 592 de 2015, (proyecto de Ley 064 de 2015 - Cámara), donde entre otros, se destaca lo siguiente:

"(...)

El objetivo general de la presente iniciativa es crear conciencia en el Gobierno, el Congreso, el sector privado y la sociedad colombiana en general respecto de la importancia del tiempo, cuidado, afecto y amor que debemos dar a nuestros niños(as) en sus primeros meses de vida;

(...)

3. Justificación

La principal y exclusiva justificación de este proyecto de ley son nuestros niños (as) en sus primeros meses de vida, de modo tal que el Estado y la sociedad deben procurar los mecanismos idóneos para que en ese corto pero muy importante período de tiempo, cuenten con el debido cuidado y compañía de sus padres.

(...)

(...) por mandato constitucional, los niños (as) deben ser prioridad en todo, en nuestra sociedad. Por lo anterior es que hemos pensado en este proyecto de ley.

(...)"

De lo anterior se colige, que el legislador reconoció la prevalencia de los derechos de los niños y niñas, cuando en la reforma adoptada mediante la Ley 1822 de 2017, hizo extensivos los beneficios de la licencia de maternidad, no solo a la madre adoptante, sino al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, o de aquel que adquiere la custodia justo después del nacimiento.

A este punto, es necesario reiterar que la Corte Constitucional en su jurisprudencia, ha sido enfática en determinar la protección especial de los niños y la prevalencia de sus derechos, hasta el punto



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201711601828841**

Fecha: **18-09-2017**

Página 7 de 8

de instar a todas las autoridades administrativas para que en sus decisiones se opte siempre por preferir aquellas que sean más aptas para garantizar el máximo de satisfacción de los derechos de la niñez y en este sentido el máximo tribunal constitucional, ha recordado **la importancia de la licencia de maternidad, como una figura garantista, en relación con los niños y niñas.**

En cuanto al análisis del caso concreto, es pertinente resaltar la obligación que tiene la administración de realizar una interpretación constitucional de las normas aplicables a la situación particular, garantizando la materialización de los derechos fundamentales y la Ley, conforme al precedente judicial constitucional fijado por la Corte, el cual resulta vinculante¹⁰.

Así las cosas, es claro entonces que como administración nos encontramos en la obligación de interpretar la normativa vigente en pro de garantizar los derechos de los menores, por lo que en este caso particular, el reconocimiento de la licencia de maternidad no puede supeditarse únicamente a la existencia de una madre, pues como bien lo ha mencionado la corte, cualquier condicionamiento de género sería considerado como discriminatorio, más aun cuando dicha licencia se conecta de forma estrecha con los derechos fundamentales del menor. En este sentido, no obstante existen unos aspectos carentes de regulación específica como el procedimiento de subrogación de útero (llevado a cabo fuera del país), no se pueden desconocer los derechos prevalentes de la menor que está por nacer y el propósito legal y constitucional de la prestación económica solicitada, en virtud de lo cual, esta Dirección considera que en el caso de estudio, verificado el cumplimiento de los requisitos que establece la reglamentación vigente, habría lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad reclamada por el peticionario, resaltando que atendiendo a la existencia normativa diferenciada de una de una licencia de maternidad y una de paternidad, esta licencia de maternidad solo podría ser otorgada a uno de los padres que conforman la familia homoparental.

De esta forma, si usted es un cotizante al SGSSS y ha efectuado los aportes durante los meses correspondientes a la gestación, conforme lo indica el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 de 2016, tendría derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad, con fundamento en lo hasta aquí expuesto. Es pertinente señalar que la verificación de la documentación correspondiente al reconocimiento de la prestación económica deberá surtir el análisis que de cuenta del cumplimiento de los requisitos de manera objetiva, sin que esto llegare a vulnerar en algún modo los derechos del solicitante ni de la menor.

¹⁰ “En relación con los parámetros de interpretación constitucional para la administración, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que (i) la Constitución es la norma de normas, (ii) su interpretación definitiva corresponde a la Corte Constitucional, de conformidad con el art. 241 Superior, (iii) que por tanto al ser la guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, la interpretación que haga de ella es vinculante para todos los operadores jurídicos, administrativos o judiciales; y (iv) que el nivel de vinculatoriedad del precedente judicial es absoluto en el caso de las autoridades administrativas, quienes no gozan de la autonomía que le corresponde a los jueces”. Sentencia C-539/11, MP Luís Ernesto Vargas Silva.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201711601828841**

Fecha: **18-09-2017**

Página 8 de 8

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido en su título II por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015¹¹.

Cordialmente,

LUIS GABRIEL FERNANDEZ FRANCO

Director Jurídico

Elaboró: Johanna M.
Revisó: E. Morales
Aprobó: Kimberly Z.

C:\Users\jmayorgaa\Documents\Consultas\TEMAS\Maternidad Subrogada\201742301918152 Maternidad subrogada Jesus Bernardo Reina.docx

¹¹ "Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye el Título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo."