

Sentencia T- 275/22

LICENCIA DE PATERNIDAD EN CASO DE MATERNIDAD SUBROGADA-Extensión de la licencia de maternidad al padre biológico, para garantizar el interés superior del menor recién nacido

(...) debe presumirse «la vulneración del derecho al mínimo vital» cuando el padre que reclama la licencia «no tiene ingresos económicos diferentes a su salario mensual». A su vez, la imposibilidad de hacer extensiva la licencia de maternidad al accionante con su correspondiente pago, comprometió la vida en condiciones dignas de la menor de edad... en virtud del principio de igualdad y del interés superior de la niñez, en el presente caso resulta imperioso extender la licencia de maternidad en favor del accionante.

ALQUILER DE VIENTRE-Necesidad de una regulación exhaustiva y del cumplimiento de ciertos requisitos y condiciones

(i) desde 1998 se han radicado por lo menos dieciséis proyectos de ley en los que se ha pretendido regular la maternidad subrogada; (ii) todos estos proyectos han sido de iniciativa congresual; (iii) todas las iniciativas han resultado en archivo, y (iv) ninguno de los proyectos ha hecho referencia a las licencias de paternidad y/o maternidad en el evento de maternidad subrogada.

ALQUILER DE VIENTRE-En Colombia no está regulado pero tampoco está prohibido expresamente

LICENCIA DE MATERNIDAD-Naturaleza y finalidad/**LICENCIA DE PATERNIDAD**-Origen y justificación

DERECHO A LA LICENCIA DE MATERNIDAD DE PADRE BIOLÓGICO

DERECHO A LA IGUALDAD-Aplicación de la misma protección y trato a quienes estén en idéntica situación de hecho

(...) en virtud del principio de igualdad, es posible extender los beneficios de la licencia de maternidad al accionante, quien se encuentra en una situación asimilable a la que está contemplada en la ley para los padres adoptivos o biológicos que han debido asumir el cuidado de sus hijos en soledad, bien sea porque no tienen cónyuge o compañera permanente, o porque no cuentan con el apoyo de la madre a causa de muerte, enfermedad o abandono.

PRINCIPIO DE PROTECCION ESPECIAL DE LA NIÑEZ Y DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Autoridades administrativas y judiciales deben atender las circunstancias específicas de cada caso

DERECHO A LA VIDA DIGNA-Garantía del mínimo vital/**LICENCIA DE MATERNIDAD**-Hace parte del mínimo vital

(...) la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia.

PAGO DE INCAPACIDADES MEDICAS-Régimen normativo y jurisprudencial de las entidades responsables de efectuar el pago

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Se dio respuesta al derecho de petición durante el curso de la acción de tutela

EXHORTO-Gobierno Nacional y Congreso de la República

Referencia: Expediente T-8.585.986

Acción de tutela presentada por *Mauricio* en nombre propio y en representación de su hija *Amalia* en contra de Sanitas EPS

Magistrada Ponente:
CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., primero (1º) de agosto de dos mil veintidós (2022)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Cristina Pardo Schlesinger –quien la preside– y Natalia Ángel Cabo, y por el magistrado José Fernando Reyes Cuartas, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Aclaración previa. Con fundamento en el artículo 62 del Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento de la Corte Constitucional), dado que el asunto de la referencia involucra temas sensibles relacionados con la intimidad de las personas involucradas en el caso, esta Sala de Revisión emitirá dos copias del mismo fallo. En consecuencia, en la versión que publique la Corte Constitucional en su página *web* se sustituirán tanto el nombre de la niña, como el de su padre y el de la mujer que la gestó, por unos ficticios.

En el trámite de revisión de la sentencia de única instancia emitida el 27 de diciembre de 2021 por el Juzgado 51 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, a través de la cual se negó el amparo solicitado.

El expediente fue enviado a la Corte Constitucional en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. Mediante auto del 18 de marzo de 2022, la Sala Número Tres de Selección de Tutelas escogió el expediente para su revisión¹.

I. ANTECEDENTES

1. *Síntesis del caso.* El señor *Mauricio* (en adelante, el accionante)² solicitó a la EPS Sanitas el reconocimiento y pago de «licencia de paternidad por un tiempo equivalente al número de semanas que le es otorgado a las madres en la ley»³, con el fin de dedicarse al cuidado de su hija recién nacida en ese momento. Como sustento de dicha solicitud, el señor *Mauricio* explicó a la EPS que su hija había nacido mediante la figura de «gestación subrogada» y que, por ende, él es «padre único y cabeza de familia»⁴. No obstante, la EPS únicamente le autorizó licencia de paternidad por 14 días. En consecuencia, el señor *Mauricio* presentó acción de tutela en contra de EPS Sanitas, por considerar que la negativa de reconocerle la licencia de paternidad por el término que la ley dispone para las licencias de maternidad (18 semanas) vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, a la igualdad, a la familia y a la licencia de paternidad.

2. *Contratos celebrados por el accionante.* El 30 de septiembre de 2020, el señor *Mauricio* celebró un contrato de prestación de servicios de salud de tratamientos de fertilidad con un centro médico de fertilidad y genética⁵. En virtud de este contrato, el centro médico se comprometió a «prestar un servicio médico con el objetivo de lograr un embarazo», para lo cual realizaría «una (1) fecundación in vitro con óvulos de donante»⁶. Así mismo, el accionante afirmó que, el 19 de noviembre de 2020, celebró «contrato de maternidad subrogada» con «la gestante subrogada» para que esta «gestara a [su] bebé hasta el nacimiento»⁷. Al respecto, explicó que la «gestante subrogada» «no tiene ningún vínculo genético con la menor [de edad]»⁸.

¹ La sala de selección estuvo integrada por las magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Diana Fajardo Rivera. La selección de este caso obedeció a los criterios subjetivo (urgencia de proteger un derecho fundamental), y objetivo (asunto novedoso y necesidad de pronunciarse sobre una determinada línea jurisprudencial).

² Esta indicación se hace con el único fin de facilitar la lectura de la presente sentencia, sin desconocer que la acción de tutela fue presentada por el señor *Mauricio* con el fin de buscar la protección de sus derechos fundamentales y los de su hija menor de edad.

³ Folio 10 del expediente digital.

⁴ Ib.

⁵ Cfr. respuesta al auto de pruebas del 25 de mayo de 2022.

⁶ Contrato de ovodonación, aportado por el accionante al responder el auto de pruebas del 25 de mayo de 2022.

⁷ Escrito de tutela, folio 2 del expediente digital.

⁸ *Ibidem*.

3. En ejecución de los mencionados contratos, el 16 de diciembre de 2020 el centro de fertilidad contratado realizó un tratamiento de fecundación in vitro y el 22 de febrero de 2021 transfirió un embrión a la gestante subrogada *Lorena*⁹.

4. *Nacimiento y registro de la Amalia*. El 3 de noviembre de 2021¹⁰, la señora *Lorena* dio a luz, por «parto vaginal»¹¹, a *Amalia*, quien fue registrada ese mismo día con el señor *Mauricio* como único padre¹². De acuerdo con la información suministrada por la EPS Sanitas a la cual está afiliada la señora *Lorena*¹³, «las tres fases del parto (dilatación, expulsión y alumbramiento), así como el puerperio inmediato, se desarrollaron con normalidad y sin presentar complicaciones»¹⁴.

5. *Solicitud de extensión de la licencia de maternidad*. En su escrito de tutela, el accionante sostiene que «[su] actual empleador [...] radicó la solicitud de licencia de paternidad de acuerdo con el número de radicado 57330590, sin embargo, en la radicación no dejó especificar que se trató de solicitar un tiempo equivalente al de la licencia de maternidad, ya que el sistema de la EPS [Sanitas] alinea la solicitud al género masculino y automáticamente sólo reconoce quince (15) (sic) días»¹⁵.

6. Posteriormente, el 18 de noviembre de 2021, el señor *Mauricio*, en ejercicio de su derecho de petición, solicitó a la EPS Sanitas, a la cual está afiliado en el régimen contributivo, el trámite y el reconocimiento de «licencia de paternidad por un tiempo equivalente al número de semanas que le es otorgado a las madres en la ley, bajo la condición de ser padre único y cabeza de familia, condición que declar[ó] [tener] bajo juramento»¹⁶. Junto con dicha solicitud, el accionante aportó (i) certificación expedida por el centro médico de fertilidad en el que se indica que, en atención a la solicitud del señor *Mauricio*, «se realizó tratamiento de fecundación in vitro con transferencia de embrión el 22 de febrero de 2021 a la gestante subrogada *Lorena*». En la certificación también se señala que, producto de dicha transferencia, «se logró embarazo diagnosticado con prueba de embarazo positiva el día 04 de marzo de 2021» y que la señora *Lorena* estaba «en seguimiento de acompañamiento psicológico [...] con última visita el 14 de octubre de 2021»¹⁷, y (ii) copia del registro civil de la niña *Amalia*, en el que figura el señor *Mauricio* como único padre.

⁹ Folio 11 del expediente digital, certificación expedida por el centro médico de fertilidad.

¹⁰ Para el momento en que ocurrió el nacimiento, el embarazo estaba en la semana 38.6 (Folio 30 del expediente digital).

¹¹ Folio 2 de la respuesta de la EPS Sanitas al auto de pruebas de 25 de mayo de 2022.

¹² Folio 9 del expediente digital.

¹³ *Cfr.* Folio 30 del expediente digital.

¹⁴ *Ib.*

¹⁵ Folio 3 del expediente digital.

¹⁶ Folio 10 del expediente digital.

¹⁷ Folio 11 del expediente digital. Dicha certificación fue expedida el 29 de octubre de 2021.

7. *Respuesta de Sanitas EPS a la solicitud de extensión de la licencia de maternidad.* El 2 de diciembre de 2021, la EPS Sanitas informó al accionante que, «[r]evisado y validado el cumplimiento de requisitos, se [autorizó] la liquidación de las incapacidades por enfermedad general, con certificado No. 57330590». Así mismo, indicó que «dio alcance al área de tesorería quienes informaron que la incapacidad por enfermedad general anteriormente relacionada será cancelada el día 17-12-2021 por transferencia electrónica a la cuenta bancaria radicada por su empleador ante EPS SANITAS»¹⁸.

8. *Solicitud de tutela.* El 10 de diciembre de 2021, el señor *Mauricio*, en nombre propio y en el de su hija menor de edad, *Amalia*, interpuso acción de tutela en contra de la EPS Sanitas. Fundamentó su solicitud en que la entidad demandada vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, a la igualdad, a la familia y a la licencia de paternidad, al no hacerle extensiva la licencia de maternidad a pesar de ser padre único de su hija *Amalia*. El actor también afirmó que, debido a que la EPS solo le reconoció 14 días de licencia de paternidad, tuvo que cumplir con sus obligaciones laborales, en desmedro de la calidad de vida de su hija recién nacida, y que se le privó de las 18 semanas que le habrían permitido compartir con la bebé y protegerla en esa primera etapa de su desarrollo.

9. En consecuencia, solicitó al juez de tutela ordenar a la entidad accionada (i) reconocer «la licencia de paternidad en igualdad de condiciones que la licencia de maternidad, es decir, 18 semanas»; (ii) el pago en máximo diez días calendario a su empleador, y (iii) que las 16 semanas que no pudo disfrutar inicien «a partir del momento de la comunicación de su decisión», considerando que se ha visto obligado a continuar laborando.

10. *Admisión de la acción de tutela.* El 14 de diciembre de 2021, el Juzgado 51 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá admitió la acción de tutela presentada por *Mauricio* en contra de Sanitas EPS y avocó su conocimiento. Además, corrió traslado del escrito de tutela y de sus anexos a la entidad accionada, para que diera respuesta a los hechos y pretensiones expuestos por el accionante¹⁹.

11. *Respuesta de Sanitas EPS.* Mediante escrito de 16 de diciembre de 2021²⁰, la EPS Sanitas solicitó declarar improcedente la acción de tutela «toda vez que no se evidencia vulneración alguna de derechos fundamentales al

¹⁸ Folio 12 del expediente digital. A su vez, el 16 de diciembre de 2021, después de radicada la acción de tutela, la EPS Sanitas remitió al actor un documento en el que dio alcance a la solicitud del 18 de noviembre de 2021. En este le explicó que no conocía la procedencia del óvulo de la gestante, por lo que sin conocer este dato no era posible afirmar, según lo dispuesto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que se estuviera ante un caso de maternidad subrogada. Además, afirmó que el accionante no acreditó que en este caso se estuviera ante un supuesto contemplado por la normativa vigente para hacer extensiva al padre la licencia de maternidad (Folios 12 y 25-27 del expediente digital).

¹⁹ Folio 14 del expediente digital.

²⁰ Folios 33 a 39 del expediente digital.

señor *Mauricio*»²¹. Asimismo, solicitó «la vinculación de la ADRES», para que, en caso de ampararse los derechos del accionante, se «ordene a la ADRES el reembolso del 100% del valor de la licencia que [se] pague en virtud del cumplimiento de la orden judicial»²².

12. En su respuesta, Sanitas EPS afirmó que, (i) de conformidad con el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, «validó y expidió licencia de paternidad [...], por 14 días» a favor del accionante, desde el 3 al 16 de noviembre de 2021²³, y (ii) la señora *Lorena* solicitó una licencia de maternidad, que fue reconocida por la accionada²⁴. De igual forma, sostuvo que (i) «para que la práctica de la maternidad subrogada no sea contraria al ordenamiento jurídico colombiano, es necesario que la mujer que gesta y da a luz no aporte sus óvulos, de lo contrario constituirá trata de seres humanos»²⁵, y (ii) la maternidad subrogada no implica que el padre adquiera derecho a la licencia de maternidad, porque este derecho es de la madre biológica²⁶.

13. Así, para la EPS Sanitas, en el presente caso, no es posible extender la licencia de maternidad al accionante, porque «no existe certeza respecto de la procedencia del óvulo» que dio origen al embrión²⁷. Además, según la accionada, el accionante no acreditó ni afirmó ser el padre adoptivo de la bebé ni estar a su cargo a causa de enfermedad o muerte de la madre²⁸. De ahí que, a su juicio, «no procede la extensión de la licencia de maternidad al [accionante], encontrándose dicho derecho en cabeza de la señora *Lorena*, quien [...] realizó la radicación de la documentación para el reconocimiento de la licencia de maternidad»²⁹.

14. *Sentencia de única instancia.* Mediante sentencia del 27 de diciembre de 2021, el Juzgado 51 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá acogió en su integridad los argumentos presentados por la EPS Sanitas y negó el amparo solicitado. El juez consideró que (i) existe «déficit normativo» en relación con el presente caso; (ii) «la maternidad subrogada no implica que el padre adquiera el derecho a la licencia de maternidad»; (iii) la licencia de maternidad «se encuentra en cabeza de la madre biológica»; (iv) esta prestación solo puede extenderse «a la madre o padre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre por enfermedad o muerte» y, por último, (v) el accionante no acreditó estar en alguna de las referidas situaciones excepcionales en las que es posible extender la licencia de maternidad, propia de la madre biológica, al padre. Esta decisión no fue impugnada.

²¹ Folio 38 del expediente digital.

²² Folios 38 a 39 del expediente digital.

²³ Folio 33 del expediente digital.

²⁴ Folio 36 del expediente digital.

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ Folio 26 del expediente digital.

²⁸ Folios 36 y 37 del expediente digital.

²⁹ Folio 37 del expediente digital.

Actuaciones en sede de revisión

15. *Decreto de pruebas, vinculación y reserva de identidad.* Mediante auto de 25 de mayo de 2022, la magistrada sustanciadora vinculó a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) y a la señora *Lorena*, ordenó «guardar la reserva de la identidad» de las partes en el presente caso y decretó la práctica de pruebas.

16. En concreto, «con el objeto de (i) aclarar algunas circunstancias particulares del asunto sometido a revisión y (ii) contar con mayores elementos de juicio para resolverlo», requirió:

- i. Al accionante y a la señora *Lorena*, con el objetivo de esclarecer de dónde había proveniendo el óvulo con el que se había realizado el procedimiento de fecundación in vitro en este caso, quién estaba a cargo de la menor y cuáles eran las condiciones socioeconómicas de los requeridos;
- ii. A las especialidades en Ginecología y Obstetricia de las facultades de medicina de las universidades Nacional, del Bosque y del Rosario, y a la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología, con el fin de que informaran cuál es el tiempo promedio que requiere una mujer para recuperarse de un parto natural y de una cesárea, y
- iii. A la EPS Sanitas para que explicara el tipo de parto y las condiciones médicas de la señora *Lorena*, en cuanto al nacimiento de la menor *Amalia*.

17. *Respuesta de Sanitas EPS al auto de pruebas.* Mediante oficio de 1° de junio de 2022, el representante legal para temas de Salud y Acciones de tutela de Sanitas EPS informó que (i) el nacimiento de *Amalia* «ocurrió por parto natural (vía vaginal)»³⁰ y (ii) «las tres fases del parto (dilatación, expulsión y alumbramiento), así como el puerperio inmediato, se desarrollaron con normalidad y sin presentar complicaciones»³¹.

18. *Respuesta del accionante al auto de pruebas.* Por medio de correo electrónico de 3 de junio de 2022, el accionante informó que la señora *Lorena* (i) «no fue la donante del óvulo con el que se realizó el procedimiento de FIV (fecundación in vitro) con transferencia embrionaria de [su] hija *Amalia*», sino que (ii) ella «solo [lo] apoyó como madre subrogada»³². Explicó que, la fecundación in vitro se llevó a cabo «mediante la técnica de ovodonación», es decir, «se trató de un óvulo donado, cuyo origen es totalmente desconocido

³⁰ Expediente digital, respuesta de Sanitas EPS al auto de pruebas del 25 de mayo de 2022. Para sustentar esta afirmación, la EPS aportó extracto de la historia clínica en la que consta el reporte de la Clínica Colombia, IPS que atendió el parto.

³¹ *Ibidem*.

³² Expediente digital, respuesta del señor *Mauricio* al auto de pruebas del 25 de mayo de 2022.

para [él]»³³. De igual forma, indicó que sus ingresos provienen de su trabajo como profesor universitario de tiempo completo y que su núcleo familiar está conformado «por [su] hija *Amalia*, con quien viv[e]», pero también «hacen parte de [su] núcleo familiar y residen cerca a [él], [sus] padres [...] y [su] hermana»³⁴.

19. También señaló que, desde el día del nacimiento de su hija, él ha sido su «principal cuidador», tanto en la clínica cuando nació, como «posteriormente en [su] hogar»³⁵. De allí que sea él quien «vela por su alimentación con tetero y alimentación complementaria, asistencia a citas médicas, horas de sueño, juegos, etc.», actividades que «llev[a] a cabo a diario, a excepción del momento en que [se] encuentra trabajando»³⁶. Así, «en los momentos en que no pued[e] cuidar a [su] hija cuent[a] con el apoyo de una niñera [...] y de [su] madre para el cuidado de la bebé»³⁷.

20. *Respuestas Universidad del Rosario y de la Universidad Nacional de Colombia al auto de pruebas*. Mediante escritos de 31 de mayo y 3 de junio de 2022, los directores del Departamento de Ciencias de la Reproducción de la Escuela de Medicina y Ciencias de la Salud de la Universidad del Rosario y del Departamento de Obstetricia y Ginecología de la Universidad Nacional, respectivamente, coincidieron en afirmar que, en condiciones normales³⁸, seis (6) semanas son suficientes para la recuperación de la mujer en el evento de parto vaginal³⁹, entendida dicha recuperación como el regreso del útero a sus valores previos al embarazo.

21. De manera particular, la Universidad Nacional explicó que, si todo es normal, el útero también va a estar «recuperado después de la cesárea en 6 semanas», pero la recuperación de la cicatriz ocurre entre 4 y 12 semanas,

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ «El puerperio se puede ver afectado por complicaciones propias del parto adquiriendo connotaciones patológicas dada por infecciones (endometritis, mastitis, infección urinaria) que pueden requerir tratamiento con antibióticos de manera ambulatoria o intrahospitalaria para evitar su progreso hasta infección generalizada (sepsis) e incluso la muerte». Concepto Universidad del Rosario, pág. 2.

³⁹ De acuerdo con el concepto de la Universidad del Rosario, «aunque la duración puede variar de una mujer a otra por circunstancias personales o particulares, la duración de este periodo se ha estandarizado en un lapso de cuatro a seis semanas, que en cualquiera de sus dos límites es suficiente para una recuperación completa en el caso de parto vaginal o por vía cesárea». A su vez, la Universidad Nacional explicó que «después del parto sobreviene un nuevo periodo que los médicos llama[n] EL PUERPERIO», que coloquialmente se conoce como «la dieta». «Este periodo generalmente duras 6 semanas» y, biológicamente, corresponde al «tiempo que dura el aparato reproductor femenino para retornar gradualmente a su estado previo al embarazo. Esto quiere decir que el tamaño uterino se recupera en el término de 4 a 6 semanas». Asimismo, indicó que «si la mamá no expresa la dimensión de la lactancia, ósea (sic) que no amamanta a su hijo; el útero, la glándula mamaria y sus ciclos ovulatorios han recuperado sus valores previos al embarazo en 6 semanas». Así, en caso de que la mujer amamante a su hijo «la recuperación de la mama previa al embarazo termina cuando se termina la lactancia, [es decir], entre 1 y 2 años» y, si la lactancia es exclusiva la mujer está en estado anovulatorio, por lo que «la recuperación del ovario expresada por la reaparición de la ovulación después del embarazo, el parto y el puerperio, depende del tiempo de lactancia».

dependiendo de si «se forma queloide» o no⁴⁰. A su vez, la Universidad del Rosario indicó que el «tiempo requerido para una paciente con embarazo de 38 semanas y después de ser desembarazada por cesárea es igual a los descritos en la pregunta anterior, siempre y cuando la evolución sea normal»⁴¹. Sin embargo, destacó que «la probabilidad de sangrado y de infección después de una cesárea es mayor que la probabilidad de estas complicaciones después de un parto vaginal»⁴².

22. *Respuesta de la ADRES al auto de pruebas.* Mediante escrito remitido el 3 de junio de 2022, la Oficina Asesora Jurídica de la ADRES solicitó (i) «declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la ADRES y negar el amparo solicitado por el accionante en lo que tiene que ver con la [ADRES]» (destacado propio del original) y (ii) «vincular al Ministerio de de Salud y Protección Social en el presente trámite, en tanto le corresponde en su condición de órgano rector del Sistema General de Seguridad Social en Salud la determinación de políticas públicas y la reglamentación de casos como el presente, el cual no se ajusta de manera expresa a la normativa vigente»⁴³.

23. De igual forma, la entidad sugirió que «la forma más adecuada de darle solución al caso concreto, esto es reconocerle a la señora **LORENA** una **incapacidad médica** por el tiempo que se estime necesario para su recuperación física, y al padre **MAURICIO** reconocerle la licencia de maternidad completa por el tiempo de 126 días» (destacado propio del original) y solicitó a la Corte «tener en cuenta la sugerencia expuesta»⁴⁴. Sustentó esta propuesta en las siguientes razones:

- i. El objeto primordial de la licencia de maternidad es garantizar un tiempo destinado a la «recuperación física de la madre» y «al cuidado del menor». Estas dos finalidades u objetos de la licencia de maternidad «se emplazan en personas diferentes»⁴⁵. De un lado, la recuperación física corresponde a la madre que «gestó a la criatura» y, de otro lado, «el cuidado del menor en los padres que reciben al recién nacido»⁴⁶.
- ii. El parto puede asimilarse «a cualquier otro procedimiento médico que genere una necesidad de recuperación», por lo que «podría reconocerse la incapacidad a la gestante y, al mismo tiempo, respetar la esencialidad de la licencia permitiendo al padre que materialmente cuida al menor recibir la totalidad de la prestación»⁴⁷.

⁴⁰ Concepto Universidad Nacional, pág. 2.

⁴¹ Concepto Universidad del Rosario, pág. 2.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Respuesta de la ADRES al auto del 25 de mayo de 2022, págs. 16 a 17.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Respuesta de la ADRES al auto del 25 de mayo de 2022, pág. 15.

⁴⁶ Respuesta de la ADRES al auto del 25 de mayo de 2022, págs. 15 a 16.

⁴⁷ Respuesta de la ADRES al auto del 25 de mayo de 2022, pág. 16.

iii. En criterio de la ADRES, su propuesta no «generaría un traumatismo administrativo, en tanto ya existen las vías técnicas para reconocer a la EPS ambos conceptos»⁴⁸. En este sentido, explicó que, si se concluye que «el reconocimiento efectuado por parte de la ADRES a la EPS carece de causa», porque no era procedente «el reconocimiento de la licencia de maternidad a la madre biológica, le corresponde a la EPS efectuar la devolución de estos recursos, para lo cual cuenta, entre otros, con la posibilidad de realizar la corrección de [las] licencias aprobadas»⁴⁹.

24. La entidad también explicó que, en caso de atenderse su sugerencia (reconocimiento de incapacidad médica a la señora *Lorena* y de licencia de maternidad –126 días– al señor *Mauricio*), «la EPS debe devolver al Sistema General de Seguridad Social en Salud los recursos de la licencia de paternidad que le fueron reconocidos por la ADRES –so pena de la concurrencia de la licencia de paternidad y maternidad en el mismo afiliado– y solicitar el reconocimiento, posterior a su pago, de la licencia de maternidad (en condiciones similares a las que se presenta en el caso de padre adoptante) para el señor *Mauricio*»⁵⁰.

25. No obstante, la ADRES señaló que «[la decisión] de la EPS SANITAS respecto del reconocimiento y pago de la licencia de paternidad» al accionante «fue [...] ajustada de acuerdo al marco normativo y regulatorio de reconocimiento y pago de las licencias de paternidad», porque «para reconocer las prestaciones económicas se debe dar cumplimiento a las disposiciones normativas»⁵¹.

26. En su respuesta, la ADRES también informó que (i) «[l]a EPS reportó como fecha de inicio de la licencia [de maternidad] el día 23 de octubre de 2021» en favor de la señora *Lorena* «como afiliada cotizante, en calidad de trabajadora independiente con un Ingreso Base de Cotización -IBC de 1 SMLMV», y, (ii) «[a]l cumplir con los requisitos señalados en el Decreto 780 de 2016 y la Nota Externa 5215 de 2012 -estructura 2.7-, estos cobros fueron aprobados y reconocidos a la EPS en los procesos antes referidos»⁵².

27. Asimismo, informó que (i) «la licencia de paternidad correspondiente al señor *Mauricio* fue presentada por EPS SANITAS como recobro ante la ADRES por 14 días por valor de \$3.166.073 en el proceso de enero 2022, la

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Respuesta de la ADRES al auto del 25 de mayo de 2022, pág. 14. En este punto, la ADRES remitió «a la estructura 2.1 de la Nota Externa 5212 de 2012» del Ministerio de Salud y Protección Social.

⁵⁰ Respuesta de la ADRES al auto del 25 de mayo de 2022, págs. 14 a 15.

⁵¹ Respuesta de la ADRES al auto del 25 de mayo de 2022, pág. 15.

⁵² Respuesta de la ADRES al auto del 25 de mayo de 2022, págs. 13 a 14. La entidad indicó que «[l]a licencia de maternidad correspondiente a la señora *Lorena* fue presentada por EPS SANITAS, posterior a su pago, como recobro ante la ADRES en dos fracciones, por 70 días por valor de \$2.300.085 en el proceso de marzo 2022 y por 56 días por valor de \$1.840.068 en el proceso de abril de 2022».

cual fue aprobada y reconocida a la EPS»⁵³; (ii) la EPS «reportó como fecha de inicio de la licencia el día 03 de noviembre de 2021, lo cual corresponde con el registro civil de nacimiento de la menor» y, (iii) «[a]l cumplir con los requisitos señalados en el Decreto 780 de 2016 y la Nota Externa 5215 de 2012 -estructura 2.7-, este cobro fue aprobado y reconocido a la EPS en el proceso antes referido»⁵⁴.

28. *Auto que decreta pruebas y niega vinculación.* Por medio de auto de 10 de junio de 2022, la magistrada sustanciadora requirió a la señora *Lorena* para que respondiera a (i) las preguntas formuladas mediante el auto del 25 de mayo de 2022, y a (ii) nuevas preguntas relacionadas con la solicitud de reconocimiento y pago de licencia de maternidad que habría presentado ante Sanitas EPS, así como sus fuentes de ingreso y conformación de su núcleo familiar.

29. Asimismo, requirió a Sanitas EPS para que (i) explicara cuál es el proceso para solicitar el reconocimiento de las licencias de paternidad y de maternidad; (ii) aportara copia de la solicitud de licencia de maternidad que habría presentado la señora *Lorena* y la documentación que aportó como soporte; (iii) aportara constancia del pago de las licencias de paternidad y de maternidad en el presente caso; (iv) informara el proceso que se surtió para la solicitud y reconocimiento del pago de la licencia de maternidad en favor de la señora *Lorena*, así como la fecha de inicio de esta, y (v) aportara copia de la solicitud de desembolso presentada ante la ADRES por los dineros pagados por las licencias de paternidad y de maternidad reconocidas en este caso.

30. De igual forma, requirió a la ADRES para que aportara copia de las solicitudes presentadas por Sanitas EPS para el reembolso o la compensación por el pago de las licencias de maternidad y de paternidad reconocidas y pagadas en este caso. También, resolvió negar la solicitud de vinculación al Ministerio de Salud y Protección Social presentada por la ADRES, en su respuesta al auto de 25 de mayo de 2022.

31. Finalmente, ofició a las Secretarías Generales de la Cámara de Representantes y del Senado de la República, para que informaran el estado del trámite legislativo y remitiera el último texto oficial del proyecto de ley 113-2021C, «[p]or medio de la cual se crea el tipo penal que sanciona a quien constriña a la mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro y se prohíbe su práctica, se frena la “cosificación de los bebés”, y se dictan otras disposiciones», así como para que informaran sobre la actividad legislativa en relación con la regulación de la «maternidad subrogada».

32. *Respuesta de Sanitas EPS.* La EPS accionada dio respuesta al auto de

⁵³ Respuesta de la ADRES al auto del 25 de mayo de 2022, pág. 14.

⁵⁴ Respuesta de la ADRES al auto del 25 de mayo de 2022, pág. 14.

10 de junio de 2022 de la siguiente manera:

Requerimiento	Respuesta
<p>EXPLIQUE ¿cuál es el proceso que debe surtir un trabajador independiente o un empleador para solicitar las licencias de paternidad y maternidad en favor de uno de sus trabajadores? En caso de que se deba hacer por medio de un aplicativo electrónico, ¿cuáles son los campos que se deben diligenciar y las opciones que ofrece cada uno de tales campos?</p>	<p>«Los trabajadores independientes deben radicar ante la EPS Sanitas las licencias allegando los documentos soportes (sic) requeridos a través de los canales establecidos»:</p> <ul style="list-style-type: none"> - «Para los independientes se cuenta con dos canales de radicación»: (i) «[r]adicación presencial en las oficinas o puntos de atención de prestaciones económicas, que en el caso de Bogotá corresponden a Clínica Colombia o Calle 106» y (ii) «[r]adicación a través de la cuenta de correo electrónico radicacion@colsanitas.com». - Los soportes requeridos son: (i) «[r]egistro Civil de Nacimiento del menor», (ii) «[c]ertificación de edad gestacional de la madre a la fecha de nacimiento del menor» y (iii) «[p]rescripción médica». «Para estos dos canales la radicación no se hace por ningún aplicativo electrónico». <p>La EPS no explicó el trámite que debían llevar a cabo los empleadores para solicitar las licencias de sus trabajadores.</p>
<p>APORTE copia de la solicitud de la licencia de maternidad a favor de la señora <i>Lorena</i>, así como la documentación que sirvió de soporte para su reconocimiento y pago. En concreto, los documentos a los que hace referencia el numeral 3 del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - «Radicación de licencia: La usuaria en calidad de independiente se acercó al punto de atención de Clínica Universitaria Colombia donde radicó el 28/10/2021 la licencia parto». - «Nuevamente se acercó a la oficina de Clínica Colombia el 10/12/2021 y radicó la licencia de maternidad para trámite. Se adjuntan copias de los soportes presentados». <p>La EPS adjuntó con su respuesta:</p> <ul style="list-style-type: none"> - La planilla de radicación de la licencia de maternidad en favor de la señora <i>Lorena</i>, con fecha de 10 de diciembre de 2021. - «Incapacidad» por 126 días en favor de la señora <i>Lorena</i>, desde el 3 de noviembre de 2021 hasta el 08 de marzo de 2022, suscrita por la médica obstetra. - «Certificado de nacido vivo» - Certificado de asistencia a control prenatal del 23 de octubre de 2021, en el que se certifica «a quien corresponda» que la señora <i>Lorena</i> «asist[ió] el día de hoy 23 de octubre de 2021 a las 11:00 a control prenatal, debe acudir regularmente a los controles y al curso psicoprofiláctico (8 sesiones) puesto que hacen parte de su auto cuidado. Cursa con embarazo de 38.0 semanas». - Certificación de la clínica de fertilidad de 29 de octubre de 2021, en la que se indica que «se realizó tratamiento de fecundación in vitro con transferencia de embrión el 22 de febrero de 2021 a la gestante subrogada <i>Lorena</i>». - Registro civil de la menor <i>Amalia</i> en el que consta el señor <i>Mauricio</i> como único padre.
<p>APORTE constancia del pago de la licencia de maternidad a la señora <i>Lorena</i> y de la licencia de paternidad al señor <i>Mauricio</i>.</p>	<p>Adjuntó comprobantes de pago de las dos licencias.</p>
<p>INFORME ¿cuál fue el proceso que se surtió para la solicitud, reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a la señora</p>	<ul style="list-style-type: none"> - «En calidad de cotizante independiente no es necesario que el usuario radique la Planilla de solicitud de reconocimiento económico». - «En el caso de los independientes, y particularmente en este caso, los soportes fueron allegados por la usuaria y se

<p><i>Lorena?</i> Sírvase indicar, por ejemplo, si la solicitud fue presentada directamente por la señora <i>Lorena</i> o por medio de su empleador.</p>	<p>realiza el proceso de comprobación de derechos y requisitos, se emite el certificado correspondiente y a través del sistema de información Beyond Health se liquida y autoriza el pago de las prestaciones económicas».</p>
<p>EXPLIQUE ¿cuándo inició el disfrute de la licencia de maternidad por parte de la señora <i>Lorena</i>?</p>	<p>«El disfrute de la licencia de maternidad inicia a partir de la fecha de inicio de la parto en este caso puntual el día 23-10-2021».</p>
<p>INFORME ¿cuál fue el proceso que se surtió para la solicitud, reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a la señora <i>Lorena</i>?</p>	<ul style="list-style-type: none"> - «Se recibieron los documentos soportes (sic) allegados por la usuaria en el punto de atención de Clínica Colombia». - «Se realizó la comprobación de derechos y requisitos y se emitió el certificado de licencia». - «Una vez se revisaron los soportes allegados por la usuaria y se realizó el proceso de comprobación de derechos y requisitos se emitió el certificado correspondiente y a través del sistema de información Beyond Health se liquidó y autorizó el pago de la prestación económica». - «Como la usuaria está en calidad de independiente al momento de tramitar la licencia esta queda liquidada para pago».
<p>APORTE copia de la solicitud presentada a la ADRES para el reembolso o compensación de los dineros pagados por las licencias de maternidad y de paternidad a la señora <i>Lorena</i> y al señor <i>Mauricio</i>, respectivamente.</p>	<p>«Se adjuntan soportes allegados por el área de compensaciones de la EPS Sanitas».</p>

33. *Respuesta de la Secretaría General de la Cámara de Representantes.* La Secretaría General de la Cámara de Representantes remitió su respuesta el 23 de junio de 2022. En particular, informó que (i) el proyecto de ley 113 de 2021 Cámara, «por medio de la cual se crea el tipo penal que sanciona a quien constriña a la mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro y se prohíbe su práctica, se frena la “cosificación de los bebés”, y se dictan otras disposiciones», se encuentra archivado, por no haberse tramitado dentro de una misma legislatura, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 208 de la Ley 5 de 1992⁵⁵; (ii) para el periodo legislativo 2021 – 2022, no se tramitó ningún otro proyecto de ley asociado a la «maternidad subrogada», y (iii) en los últimos 10 años se presentaron los siguientes cuatro proyectos de ley relacionados con el tema de «maternidad subrogada»:

- i. Proyecto de ley 202 de 2016 Cámara, *por medio del cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos*⁵⁶. Fue archivado, de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992.
- ii. Proyecto de ley 026 de 2016 Cámara, *por medio del cual se prohíbe*

⁵⁵ A su respuesta, la Secretaría General de la Cámara de Representantes adjuntó la Gaceta 1331 de 2021 del Congreso de la República en que se publicó la ponencia para primer debate del proyecto de ley en cuestión.

⁵⁶ Publicado en la Gaceta 86 de 2016 del Congreso de la República.

*la práctica de alquiler de vientres en Colombia por ser una categoría de trata de personas y una explotación de la mujer con fines reproductivos*⁵⁷. Fue archivado, de conformidad con el artículo 157 de la Ley 5 de 1992.

- iii. Proyecto de ley 186 de 2017 Cámara, *por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenir esta práctica*⁵⁸. Fue archivado, de conformidad con el artículo 155 de la Ley 5 de 1992.
- iv. Proyecto de ley 113 de 2021 Cámara, *por medio de la cual se crea el tipo penal que sanciona a quien constriña a la mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro y se prohíbe su práctica, se frena la ‘cosificación de los bebés’, y se dictan otras disposiciones*⁵⁹. Fue archivado, de conformidad con el artículo 208 de la Ley 5 de 1992.

34. *Respuesta de la Secretaría General del Senado de la República.* La Secretaría General del Senado de la República remitió su respuesta el 24 de junio de 2022. En particular, informó que en los últimos 10 años se presentaron los siguientes cinco proyectos de ley relacionados con el tema de «maternidad subrogada»:

- i. Proyecto de ley 241 de 2017 Senado – 026 de 2016 Cámara, *por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamenta su práctica*⁶⁰. Fue archivado, de conformidad con el artículo 157 de la Ley 5 de 1992⁶¹.
- ii. Proyecto de ley 070 de 2018 Senado, *por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamenta en otros casos*⁶². Fue archivado, de conformidad con el artículo 153 de la Constitución Política.
- iii. Proyecto de ley 162 de 2019 Senado, *por medio de la cual se reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones*⁶³. Fue archivado, de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992 y 162 de la Constitución Política.
- iv. Proyecto de ley 118 de 2019 Cámara, *por medio de la cual se*

⁵⁷ Publicado en la Gaceta 554 de 2016 del Congreso de la República.

⁵⁸ Publicado en la Gaceta 1025 de 2017 del Congreso de la República.

⁵⁹ Publicado en la Gaceta 998 de 2021 del Congreso de la República.

⁶⁰ Radicado el 26 de julio de 2016.

⁶¹ La Secretaría del Senado de la República explicó en su respuesta que se negó en Plenaria la proposición con la que termina el informe, 18 de septiembre de 2017.

⁶² Radicado el 1 de agosto de 2018.

⁶³ Radicado el 27 de agosto de 2019.

*prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro y se establecen los parámetros generales para la práctica de la maternidad subrogada con fines altruistas*⁶⁴. Fue archivado, de conformidad con el artículo 190 la Ley 5 de 1992 y 162 de la Constitución Política.

- v. Proyecto de ley 263 de 2020 Senado, *por medio de la cual se crea el tipo penal que sanciona a quien constriña a la mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro y se prohíbe su práctica, se frena la cosificación de los bebés y se dictan otras disposiciones*⁶⁵. Fue archivado, de conformidad con el artículo 190 la Ley 5 de 1992 y 162 de la Constitución Política.

35. *Respuesta de la ADRES*. Mediante escrito enviado el 28 de junio de 2022, la ADRES respondió al auto de 10 de junio de 2022. Al respecto, indicó que consultó «la base de datos COM_4023 en la tabla de licencias incapacidades y la información presentada por las EPS» y, «de acuerdo a la información de resultado del proceso ejecutado por la ADRES», adjuntó «[como] evidencia el archivo de resultado del proceso de prestaciones el cual contiene el registro aprobado conforme con la estructura establecida [por el artículo 2.6.1.1.2.10 del Decreto 780 de 2016]»⁶⁶.

36. *Respuesta de la señora Lorena*. Vencido el término para responder, la señora Lorena guardó silencio⁶⁷.

II. CONSIDERACIONES

A. Competencia

Con fundamento en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela adoptado en el proceso de la referencia.

A. Análisis de procedibilidad, problema jurídico y metodología

37. *Análisis de procedibilidad de la acción de tutela*. Previo a definir el problema jurídico que deberá resolver la Sala, es necesario determinar si el caso bajo estudio reúne los requisitos de procedencia de la acción de tutela. A

⁶⁴ Radicado el 13 de agosto de 2019.

⁶⁵ Radicado el 3 de septiembre de 2020.

⁶⁶ Respuesta de la ADRES al auto de 10 de junio de 2022, pág. 2.

⁶⁷ Sin embargo, el 5 de julio de 2022, la señora Lorena envió a la Secretaría General de esta Corte correo electrónico, por medio del cual respondió a las preguntas formuladas. Estas respuestas no serán tenidas en cuenta para resolver el caso concreto, debido a que fueron recibidas de manera extemporánea (*cf.* Sentencia T-318 de 2021). No obstante, la Sala advierte que las respuestas de la señora Lorena coincide en lo sustancial y relevante con la información aportada por el accionante y la EPS Sanitas.

continuación, la Sala analizará el cumplimiento de los requisitos de legitimación en la causa, inmediatez y subsidiariedad.

38. *Legitimación en la causa.* La acción de tutela *sub judice* satisface el requisito de legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva. De un lado⁶⁸, el accionante presentó la acción de tutela en nombre propio y el de su hija menor de edad, respecto de lo cual se advierte que (i) ellos son los sujetos sobre los que recae la decisión de Sanitas EPS de negar la extensión de la licencia de maternidad, y son (ii) los titulares de los derechos fundamentales cuya vulneración atribuye a la negativa de Sanitas EPS. Esto último sin perjuicio de que la negativa de la EPS hubiere afectado de manera distinta los derechos de cada uno de ellos; asunto que, de superarse el examen de procedibilidad, deberá ser abordado en el análisis de fondo.

39. Por lo demás, la Sala destaca que en el expediente obra el registro civil de la menor *Amalia*, en el que el señor *Mauricio* aparece como su padre único. En ese sentido, teniendo en cuenta las razones precedentes y que en este caso la acción de tutela la interpuso directamente el afectado en nombre propio y de su hija menor de edad, el señor *Mauricio* está legitimado para promover la acción de tutela bajo estudio.

40. De otro lado⁶⁹, la acción de tutela se presentó en contra de Sanitas EPS. Al respecto, la Sala observa que (i) las Entidades Prestadoras de Servicios de Salud (EPS) tienen a su cargo el reconocimiento de las licencias de paternidad y de maternidad; (ii) en calidad de afiliado, el accionante solicitó a Sanitas EPS reconocer «la licencia de paternidad en igualdad de condiciones que la licencia de maternidad, es decir, 18 semanas»; (iii) solicitud que fue negada por Sanitas EPS y, por último, (iv) dicha negativa es la que habría vulnerado los derechos fundamentales invocados en el escrito de tutela del accionante y de su hija menor de edad.

41. *Inmediatez.* La acción de tutela *sub examine* también satisface el requisito de inmediatez⁷⁰. En efecto, el accionante solicitó a la EPS Sanitas que le hiciera extensiva la licencia de maternidad el 18 de noviembre de 2021.

⁶⁸ El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene la facultad para interponer la acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre. Esto con el fin de reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados. La legitimación para el ejercicio de esta acción está regulada por el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991. Según esta norma, la tutela puede ser presentada (i) por la persona que vea vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales directamente; (ii) por la persona afectada, a través de su representante legal; (iii) por persona afectada, por medio de su apoderado; (iv) por un agente oficioso de la persona afectada, y (v) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales, directamente.

⁶⁹ El artículo 86 de la Constitución establece que la tutela procede contra cualquier autoridad pública. A su vez, el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades, que haya violado, viole o amenace violar los derechos constitucionales fundamentales. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de ese Decreto.

⁷⁰ Aunque de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela no tiene término de caducidad, la jurisprudencia ha establecido que solicitud debe formularse en un plazo razonable desde el momento en el que se produjo el hecho vulnerador.

Esa solicitud la respondió la entidad accionada el 2 de diciembre de 2021. Por su parte, el señor *Mauricio* interpuso la acción de tutela el 10 de diciembre de 2021.

42. Además, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que «el plazo para reclamar la prestación económica correspondiente a la licencia de maternidad por vía de acción de tutela es de un (1) año, contado a partir de la fecha del parto»⁷¹. Esta exigencia específica también se cumple, por cuanto la bebé nació el 3 de noviembre, es decir, tenía menos de un mes cuando su padre presentó la acción de tutela.

43. Por lo tanto, teniendo en cuenta que desde la respuesta de la EPS Sanitas –que es el documento en el cual la accionada negó la extensión de la licencia de maternidad al actor– y la presentación de la acción de tutela trascurrieron 8 días y que, en todo caso, la acción fue interpuesta antes de que la bebé cumpliera un año, se cumple el requisito de inmediatez.

44. *Subsidiariedad*. La Sala considera que, en atención a las circunstancias particulares del presente caso, la acción de tutela bajo estudio cumple con el requisito de subsidiariedad, debido a que se enmarca en los escenarios excepcionales en los cuales la jurisprudencia constitucional considera que esta es procedente pese a que corresponde a la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social, resolver las «controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados [...] y las entidades administradoras o prestadoras»⁷².

45. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que «la acción de tutela resulta procedente, para solicitar el reconocimiento de la licencia de maternidad, cuando su negativa amenace un derecho fundamental tanto de la madre como de la persona adoptante, al igual que los derechos del recién nacido o de los niños entregados en adopción»⁷³. Sobre el particular, esta Corte ha afirmado que está comprobado que la omisión en el reconocimiento y pago de la prestación afecta el mínimo vital de la madre y su hijo o hija⁷⁴. La jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha establecido que debe presumirse que el derecho al mínimo vital se vulnera cuando el padre o la madre que reclama la licencia, dentro del año siguiente al nacimiento o adopción del menor de edad, no tiene ingresos económicos diferentes a su

⁷¹ Sentencia T-489 de 2018. Al respecto, ver sentencias T-993 de 2003, T-368 de 2009 y T-503 de 2016, entre otras.

⁷² Artículo 2.4 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Sobre el particular, la Sentencia T-224 de 2021, destacó que «se debe tener en cuenta que -de cara a la modificación incorporada por el artículo 6º de la Ley 1949 de 2019 a las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia- a esta se le suprimió la competencia para conocer del reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador».

⁷³ Sentencia T-172 de 2011. En este mismo sentido, ver las sentencias T-664 de 2002, T-136 de 2008, T-127 de 2009 y T-231 de 2009.

⁷⁴ *Cfr.* Sentencia T-172 de 2011.

salario mensual o a que los recursos que devenga⁷⁵.

46. Para la aplicación de esta presunción no es relevante la cuantía de los ingresos o el nivel socioeconómico del padre o madre que solicita el reconocimiento y pago de la prestación en cuestión⁷⁶. Es decir, «la presunción opera siempre que el juez constitucional valore que la falta del pago de la licencia puede poner en peligro su subsistencia y la de su hijo»⁷⁷, con «independencia de si el salario de la madre [o padre] es mayor al salario mínimo o si se trata de una persona de escasos recursos»⁷⁸.

47. En suma, cuando el padre o madre que solicita la licencia de maternidad tiene como única fuente de ingresos el salario que habría de ser cubierto por dicha prestación, su no reconocimiento o falta de pago implica la vulneración de su derecho al mínimo vital, lo cual, a su vez repercute negativamente en la vida digna del accionante y de su hijo⁷⁹.

48. En tales términos, la Sala constata que, en el presente asunto, procede la aplicación de la presunción de afectación del mínimo vital. En efecto, el accionante indicó que sus ingresos «proviene de su trabajo como profesor universitario tiempo completo»⁸⁰. Es decir, el sostenimiento del accionante y de su hija recién nacida dependía exclusivamente del salario que recibe como contraprestación por su trabajo como profesor universitario. Por esa razón, al negar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a su favor, el accionante se vio en la obligación de «seguir cumpliendo [sus] tareas laborales, en desmedro de la calidad de vida de [su] hija recién nacida [y] sus derechos»⁸¹.

49. En consecuencia, la Sala considera que en el presente caso se encuentra satisfecho el requisito de subsidiariedad, por cuanto el salario del accionante constituye la única fuente ingresos para su sostenimiento y el de su hija menor de edad, por lo que la negativa de hacerle extensiva la licencia de maternidad, con el correspondiente pago, implica la afectación de su derecho al mínimo vital que, a su vez, compromete la vida digna de la menor de edad.

50. Asimismo, someter al accionante y a su hija a acudir a la jurisdicción ordinaria implicaría una carga desproporcionada, debido al mayor tiempo que suponen los procesos laborales y a la necesidad de otorgar una respuesta judicial pronta que permita verificar que tenía derecho a que se le hiciera extensiva la licencia de maternidad para poder atender y cuidar a su hija en su primera etapa de vida. A su vez, la falta de reconocimiento de la prestación

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Sentencia T-224 de 2021. *Cfr.* Sentencias T-503 de 2006 y T-174 de 2011.

⁷⁸ *Ibidem*. *Cfr.* Sentencia T-136 de 2008.

⁷⁹ *Cfr.* Sentencia T-224 de 2021.

⁸⁰ Respuesta del accionante al auto de 25 de mayo de 2022.

⁸¹ Folio 3 del expediente digital.

también impediría que el accionante y su hija pudieran disfrutar, de manera más pronta, del tiempo remunerado que les brindaría la extensión de la licencia de maternidad, necesario para construir y fortalecer su relación paternofamiliar.

51. *Problema jurídico.* Corresponde a la Sala Séptima de Revisión resolver los siguientes problemas jurídicos:

- i. ¿La negativa de extensión de la licencia de maternidad implicó la vulneración de los derechos al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, a la igualdad, a la familia y a la licencia de paternidad del señor *Mauricio* y de su hija menor de edad *Amalia*?
- ii. ¿La EPS Sanitas vulneró el derecho de petición del señor *Mauricio* al no dar respuesta de fondo a su solicitud de hacerle extensiva la licencia de maternidad?

52. Sobre el segundo problema jurídico, la Sala estima pertinente aclarar que el análisis sobre la eventual vulneración, por parte de la EPS accionada, al derecho de petición del señor *Mauricio* obedece a que, si bien el accionante no alegó esta posible vulneración en el escrito de tutela, el juez de tutela tiene competencia «para interpretar la demanda y determinar el alcance del problema jurídico, en aplicación del principio de informalidad y de [su] facultad [...] para proferir fallos *ultra* y *extra petita*»⁸².

53. *Metodología.* Para solucionar el problema jurídico propuesto, la Sala se referirá a (i) el vacío legislativo sobre la figura de la «maternidad subrogada»; (ii) el contenido y alcance de las licencias de maternidad y de paternidad, y (iii) la posibilidad de hacer extensiva la licencia de maternidad al padre de conformidad con la ley y la jurisprudencia. Para finalizar, resolverá el caso concreto.

B. Vacío legislativo sobre la «maternidad subrogada»

54. *La Corte ha advertido sobre la necesidad de regular.* Han sido varias las oportunidades en que esta Corte ha puesto de presente la imperiosa necesidad que existe de regular la «maternidad subrogada». El precedente principal que existe sobre este tema está en la Sentencia T-968 de 2009. En esa oportunidad, la Sala de Segunda de Revisión estableció que «[l]a doctrina [...] ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre

⁸² Sentencia T-167 de 2022. Cfr. Sentencia SU-245 de 2021.

las partes involucradas». La Sala también advirtió que, «[d]entro de este contexto se ha evidenciado la necesidad de una “regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones”»⁸³.

55. En otra ocasión, la Corte también afirmó que «[...] un cambio encaminado a establecer como regla la inclusión de las técnicas de reproducción asistida por parte del Sistema de Seguridad Social es, *prima facie*, del resorte del legislador y, además, por las consecuencias jurídicas y presupuestales que dicho giro podría suscitar, tampoco resulta conveniente que, al resolver casos concretos, las Salas de Revisión de esta Corporación expidan órdenes de alcance general que modifiquen la política pública y decidan, por anticipado, todas las posibles controversias sobre un punto en particular sin que medie una discusión abierta o se aborden en toda su magnitud distintos temas asociados a la fertilización *in vitro* y a las técnicas de reproducción asistida en general, respecto de los cuales, incluso, existe un vacío legal en el ordenamiento interno»⁸⁴.

56. Más adelante, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional advirtió que la ausencia de legislación no se predicaba únicamente respecto de la figura de la «maternidad subrogada», sino también del uso de la fecundación *in vitro* como técnica de reproducción asistida que involucra «cuestiones profundamente complejas que hasta el momento no han sido abordadas de forma democrática, ni desarrolladas por el legislador, de las cuales se desprenden consecuencias jurídicas que básicamente configuran una laguna legislativa en Colombia»⁸⁵.

57. En esa ocasión, la Corte fue enfática en afirmar que al vacío normativo respecto de la «maternidad subrogada» se suma la ausencia de legislación en relación con aspectos que están íntimamente ligados con esta figura, tales como⁸⁶: (i) «la donación de óvulos»; (ii) «la congelación de embriones sobrantes»; (iii) «la filiación legal que resulta de la utilización de embriones después de la muerte de los padres»; (iv) «la inexistencia de limitaciones o protocolos para la implantación de óvulos fecundados en vientres distintos de las madres biológicas, lo que es conocido también como “maternidad subrogada” o “maternidad sustituta”»; (v) «lo relativo al registro de la

⁸³ Concretamente se refirió a «(i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros» (Sentencia T-968 de 2009).

⁸⁴ Sentencia T-398 de 2016.

⁸⁵ Sentencia T-316 de 2018.

⁸⁶ Cfr. *Ibidem*.

identidad de los donantes de espermatozoides u óvulos; (vi) «el número de descendientes de cada donante», y (vii) «la obligatoriedad en que estarían las entidades promotoras de salud de conseguir óvulos cuando quien solicita la fecundación in vitro no los produce; y, la posibilidad de comercio de óvulos».

58. Además, insistió en la necesidad de que el legislador regule los procedimientos «para la implantación de óvulos fecundados en vientres distintos de las madres biológicas, lo que es conocido también como “maternidad subrogada” o “maternidad sustituta”»⁸⁷. Esto, sobre todo, teniendo en cuenta que respecto de los contratos de maternidad subrogada debe existir «un alto grado de intervención estatal», por cuanto en este «existe una afectación directa sobre la dignidad humana»⁸⁸.

59. En conclusión, esta Corte lleva más de doce años advirtiendo la imperiosa necesidad de que el Congreso de la República cumpla con su obligación de legislar no solamente sobre la maternidad subrogada, sino sobre los aspectos que están directamente relacionados con esta figura. Además, el vacío legislativo que existe sobre la materia ha generado una situación jurídica que, de paso, ha obligado al juez de tutela a resolver asuntos concretos sin que las reglas puedan hacerse extensivas a otros casos, al no existir una regulación de por medio.

60. *La omisión del Congreso para legislar sobre el asunto.* La Sala advierte que en el Congreso de la República se han intentado tramitar por lo menos los siguientes dieciséis proyectos de leyes relacionados con la maternidad subrogada, desde 1998:

Número del proyecto	Estado	¿Hacia referencia a las licencias de paternidad y maternidad?
Proyecto de ley 47/1998 Senado, <i>por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos científicos de procreación humana asistida, se modifican algunos artículos del Código Civil y Penal y se dictan otras disposiciones</i> ⁸⁹ .	Archivado de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992	No
Proyecto de ley 45/00 Senado, <i>por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, sobre el genoma humano de nuestra diversidad étnica, se modifican algunos artículos del Código Civil y se dictan otras disposiciones</i> ⁹⁰ .	Archivado de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992	No

⁸⁷ Sentencia T-316 de 2018.

⁸⁸ Sentencia C-602 de 2019.

⁸⁹ Publicado en la Gaceta 143 de 1998 del Congreso de la República. Autor: Senador Miguel Pinedo Vidal.

⁹⁰ Radicado el 30 de julio de 2000 y publicado en Gaceta 307 de 2000 del Congreso de la República. Autor: Senador Miguel Pinedo Vidal.

Número del proyecto	Estado	¿Hacia referencia a las licencias de paternidad y maternidad?
Proyecto de ley 029 de 2003 Cámara, <i>por el cual se modifica el ordenamiento civil regulando lo referente a procedimientos y técnicas de procreación humana asistida y se dictan otras disposiciones</i> ⁹¹ .	Archivado en primer debate, de conformidad el artículo 157 de la Ley 5 de 1992.	No
Proyecto de ley 100/03 Cámara, <i>por medio de la cual se reglamenta la inseminación artificial en la legislación colombiana y se dictan otras disposiciones</i> ⁹² .	Fue acumulado al proyecto de ley 29 de 2003 Cámara y archivado en primer debate, de conformidad con el artículo 157 de la Ley 5 de 1992.	No
Proyecto de ley 196 de 2008 Cámara, <i>por medio del cual se reglamenta en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva mediante las técnicas de reproducción humana asistida y se dictan otras disposiciones</i> ⁹³ .	Retirado por el autor de conformidad con el artículo 155 de la Ley 5 de 1992.	No
Proyecto de ley 037 de 2009 Cámara, <i>por medio del cual se establecen procedimientos para permitir en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva en desarrollo de las técnicas de reproducción asistida y se dictan otras disposiciones</i> .	Archivado de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992.	No
Proyecto de ley 26 de 2016 Cámara, 241 de 2017 Senado <i>por medio del cual se prohíbe la práctica de alquiler de vientres en Colombia por ser una categoría de trata de personas y una explotación de la mujer con fines reproductivos</i> ⁹⁴ .	Archivado en cuarto debate, de conformidad con el artículo 157 de la Ley 5 de 1992 ⁹⁵ .	No
Proyecto de ley 202 de 2016 Cámara, <i>por medio del cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos</i> ⁹⁶ .	Archivado, de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992.	No
Proyecto de ley 88 de 2017 Senado, <i>por medio de la cual se reglamenta la</i>	Archivado de conformidad con el	No

⁹¹ Radicado el 21 de julio de 2003. Publicado en la Gaceta 354 de 2003 del Congreso de la República. Autor: Representante Alonso Rafael Acosta Osio.

⁹² Radicado el 7 de septiembre de 2003. Publicado en la Gaceta 465 de 2003 del Congreso de la República. Autores: Representantes Omar de Jesús Flórez, Vélez y Jesús Enrique Doval Urango y Senador Humberto de Jesús Builes Correa.

⁹³ Radicado el 3 de noviembre de 2008. Publicado en la Gaceta 771 de 2008 del Congreso de la República. Autor: Jorge Ignacio Morales Gil.

⁹⁴ Radicado el 25 de julio de 2016. Publicado en la Gaceta 554 de 2016 del Congreso de la República. Autores: Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella y Representante Santiago Valencia González.

⁹⁵ Acta de sesión Plenaria del Senado de la República del 12 de septiembre de 2017. Publicada en la Gaceta 52 de 2018 del Congreso de la República.

⁹⁶ Radicado el 2 de septiembre de 2016. Publicado en la Gaceta 86 de 2016 del Congreso de la República. Autores: Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella y Representante Santiago Valencia González.

Número del proyecto	Estado	¿Hacia referencia a las licencias de paternidad y maternidad?
<i>reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones</i> ⁹⁷ .	artículo 190 de la Ley 5 de 1992	
Proyecto de ley 186 de 2017 Cámara, <i>por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenir esta práctica</i> ⁹⁸ .	Retirado por los autores de conformidad con el artículo 155 de la Ley 5 de 1992 ⁹⁹ .	No
Proyecto de ley 019 de 2018 Senado, <i>por medio de la cual se reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones</i> ¹⁰⁰ .	Retirado por el autor de conformidad con el artículo 155 de la Ley 5 de 1992.	No
Proyecto de ley 70 de 2018 Senado, <i>por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamenta en otros casos</i> ¹⁰¹ .	Archivado de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992	No
Proyecto de ley 118 de 2019 Senado, <i>por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro y se establecen los parámetros generales para la práctica de la maternidad subrogada con fines altruistas</i> ¹⁰² .	Archivado de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992	No
Proyecto de ley 162 de 2019 Senado, <i>por medio de la cual se reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones</i> ¹⁰³ .	Archivado, de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992 y 162 de la Constitución Política.	No
Proyecto de ley 263 de 2020 Senado, <i>por medio de la cual se crea el tipo penal que sanciona a quien constriña a la mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro y se prohíbe su práctica, se frena la ‘cosificación de los bebés’, y se dictan otras disposiciones</i> ¹⁰⁴ .	Archivado de conformidad con el artículo 162 de la Constitución Política.	No
Proyecto de ley no. 113 de 2021 Cámara, <i>por medio de la cual se crea el</i>	Archivado de conformidad con el	No

⁹⁷ Radicado el 16 de agosto de 2017. Publicado en la Gaceta 713 de 2017 del Congreso de la República. Autores: Senadores Luis Fernando Duque García y Armando Benedetti Villaneda.

⁹⁸ Radicado el 7 de noviembre de 2017. Publicado en la Gaceta 1025 de 2017 del Congreso de la República. Autores: Senadora María del Rosario Guerra y Representante a la Cámara Santiago Valencia.

⁹⁹ Gaceta 216 de 2018 del Congreso de la República.

¹⁰⁰ Radicado el 1 de agosto de 2018. Publicado en la Gaceta 543 de 2018 del Congreso de la República. Autor: Armando Benedetti Villaneda.

¹⁰¹ Radicado el 1 de agosto de 2018. Publicado en Gaceta 576 de 2018 del Congreso de la República. Autores: Senadores María del Rosario Guerra y Santiago Valencia.

¹⁰² Radicado el 13 de agosto de 2019. Publicado en la Gaceta 789 de 2019 del Congreso de la República. Autores: Senadores María del Rosario Guerra y Santiago Valencia.

¹⁰³ Radicado el 27 de agosto de 2019. Publicado en la Gaceta 832 de 2019 del Congreso de la República. Autor: Senador Armando Benedetti Villaneda.

¹⁰⁴ Radicado el 3 de septiembre de 2020. Publicado en la Gaceta 933 de 2020 del Congreso de la República. Autores: Senadores María del Rosario Guerra y Santiago Valencia y Representantes a la Cámara Juan Fernando Espinal y José Jaime Uscátegui.

Número del proyecto	Estado	¿Hacia referencia a las licencias de paternidad y maternidad?
<i>tipo penal que sanciona a quien constriña a la mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro y se prohíbe su práctica, se frena la ‘cosificación de los bebés’, y se dictan otras disposiciones¹⁰⁵.</i>	artículo 208 de la Ley 5 de 1992	

61. El recuento anterior, permite a la Sala concluir que (i) desde 1998 se han radicado por lo menos dieciséis proyectos de ley en los que se ha pretendido regular la maternidad subrogada; (ii) todos estos proyectos han sido de iniciativa congresual; (iii) todas las iniciativas han resultado en archivo, y (iv) ninguno de los proyectos ha hecho referencia a las licencias de paternidad y/o paternidad en el evento de maternidad subrogada.

C. Contenido y alcance de las licencias de maternidad y de paternidad. Reiteración de jurisprudencia

62. Las licencias de maternidad y de paternidad son instituciones previstas por la legislación laboral por medio de las cuales el padre o madre trabajadores tienen derecho a disfrutar de cierto número de días remunerados, de tal suerte que puedan «contar con los medios económicos que le[s] permitan velar por su subsistencia y la de su menor hijo»¹⁰⁶. Ambas tienen como fundamento último y común el interés superior de la niñez¹⁰⁷. Estas licencias propician las condiciones adecuadas para garantizar el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a recibir el cuidado y amor por parte de sus padres. En otras palabras, materializan el artículo 44 de la Constitución Política, debido a que, de un lado, el Estado estimula y propicia las conductas de cuidado a la niñez y apoya su cumplimiento y, de otro lado, la familia tiene la posibilidad real de brindar cuidado y amor al niño, niña o adolescente que recién llega a la nueva familia¹⁰⁸.

63. El reconocimiento de las licencias de maternidad y de paternidad no es un «beneficio caprichoso»¹⁰⁹ o «premio [...] que se concede al trabajador por el simple hecho de la paternidad [o maternidad]», sino «una garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño»¹¹⁰. El acompañamiento de los padres contribuye al fortalecimiento de «los vínculos paternofiliales»¹¹¹ y,

¹⁰⁵ Radicado el 21 de julio de 2021 y publicado en la Gaceta del Congreso 958 de 2021. Autores: Representantes a la Cámara José Jaime Uscátegui Pastrana, Juan Fernando Espinal Ramírez, y los Senadores de la República María del Rosario Guerra de la Espriella y Santiago Valencia González

¹⁰⁶ Sentencia T-204 de 2008. Cfr. Sentencias T-224 de 2021, T-543 de 2006, entre muchas otras.

¹⁰⁷ Sentencias C-383 de 2012, C-543 de 2010, C-174 de 2009 y C-273 de 2003

¹⁰⁸ Cfr. Sentencias C-383 de 2012 y C-273 de 2003.

¹⁰⁹ Sentencia C-174 de 2009. Reiterada en la Sentencia C-383 de 2012. En este sentido, en la Sentencia C-174 de 2009, la Corte sostuvo que el tiempo de la licencia remunerada de paternidad no debe ser destinado «al jolgorio, ni a la celebración, sino para vincular efectivamente al padre con las tareas de cuidado y atención a su pequeño hijo, teniendo en cuenta, además, la necesaria y conveniente asistencia al recién nacido».

¹¹⁰ Sentencia C-273 de 2003. Reiterada en la Sentencia C-383 de 2012.

¹¹¹ *Ibidem*.

por ende, al «desarrollo armónico e integral» de la niñez¹¹², «que parte del concepto de familia como núcleo fundamental de la sociedad (arts. 42 y 44 de la Constitución)»¹¹³.

64. Así, las licencias de maternidad y de paternidad, aunque están inspiradas en el interés superior de la niñez, también protegen los derechos e intereses de las mujeres y hombres trabajadores que han decidido acompañar responsablemente a su hijo o hija menor de edad desde el momento en el que nace o llega a la familia¹¹⁴. Es decir, estas prestaciones, además de materializar los derechos de la niñez, constituyen en sí mismas derechos fundamentales y subjetivos de la madre y del padre¹¹⁵. El derecho fundamental de las madres y padres trabajadores a disfrutar de las licencias de maternidad y paternidad tiene sustento en los artículos 1º, 16 y 42 de la Constitución Política¹¹⁶.

65. Sobre el particular, esta Corte ha explicado que el reconocimiento de las licencias de maternidad y de paternidad como derechos fundamentales de las madres y de los padres se fundamenta en la dignidad humana (artículo 1º C.P.), por cuanto «presupone la idea misma del padre como persona jurídica y moral, sujeto de derechos, esto es, como ser humano digno, libre e igual, que tiene un valor inherente a su condición de persona, el cual es inajenable e intransferible, razón por la cual constituye siempre un fin valioso en sí mismo»¹¹⁷.

66. A su vez, el artículo 16 constitucional reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad y «establece el principio de autonomía de las personas»¹¹⁸. Esta libertad comprende «la posibilidad de relacionarse con otros seres humanos, de conformar una familia, y de reproducirse, procrear o concebir hijos, así como de adoptar»¹¹⁹. El reconocimiento de las licencias de maternidad y de paternidad contribuye a que quienes han decidido conformar una familia y tener hijos lo hagan de manera responsable. Esto, sobre todo, si se tiene en cuenta que el artículo 42 constitucional dispone que «el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia», lo que implica que el legislador debe propiciar las circunstancias adecuadas para que las madres y padres trabajadores puedan conciliar el trabajo y la vida familiar, para lo cual

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ Sentencia C-174 de 2009.

¹¹⁴ *Cfr.* Sentencia C-273 de 2003.

¹¹⁵ *Cfr.* Sentencias C-383 de 2012, C-663 de 2009, C-174 de 2009 y C-273 de 2003.

¹¹⁶ *Cfr.* Sentencia C-383 de 2012.

¹¹⁷ Sentencia C-383 de 2012.

¹¹⁸ Sentencia C-383 de 2012. El libre desarrollo de la personalidad implica «la posibilidad de que cada individuo opte por su plan de vida y su modelo de realización personal conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, ni vulnere el orden constitucional». Sentencia C-616 de 1997. Reiterada en la Sentencia T-083 de 2021.

¹¹⁹ Sentencia C-383 de 2012. En esta sentencia, la Corte destacó que «una regulación legal que imponga una restricción al reconocimiento de la licencia de paternidad a todos los padres por igual, sin una justificación constitucionalmente válida, constituye una vulneración al libre desarrollo de la personalidad, derecho fundamental de rango constitucional».

resulta útil el reconocimiento de un periodo remunerado para brindar atención y cuidado al hijo que recién llega a la familia¹²⁰.

67. En consecuencia, las licencias de maternidad y de paternidad son derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, así como de los padres y madres, al tiempo que redundan en la protección de la familia y representan el cumplimiento de varias normas constitucionales, a saber: dignidad humana, artículo 1º; libre desarrollo de la personalidad, artículo 16; protección integral de la familia artículo 42, y prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, artículo 44.

68. Sin perjuicio de los elementos en común de las licencias de maternidad y de paternidad que se acaban de señalar, cada una de ellas tiene ciertas particularidades que las hacen distintas. Así, además de las disposiciones constitucionales antes señaladas, la licencia de maternidad también se fundamenta en «la obligación de tomar medidas encaminadas a favorecer grupos discriminados y marginados (artículo 13 C. P.) y en [...] [el] 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 género»¹²¹.

69. De igual forma, la licencia de maternidad reconoce a la madre trabajadora «un período destinado a [su] recuperación física [...] y al cuidado del niño»¹²². En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el tiempo de licencia se asocia al lapso en el que la madre, al tiempo que se recupera de haber dado a luz, le brinda el cuidado y el amor al recién nacido. Sin embargo, lo anterior no implica que el tiempo reconocido por el legislador para la licencia de maternidad sea exclusivo de las mujeres que han dado a luz a sus hijos. Por el contrario, el mismo tiempo que la ley reconoce a las madres biológicas es también aplicable a las madres adoptantes y, en ciertas circunstancias, a los padres.

70. De acuerdo con el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo (CST), modificado por la Ley 1822 de 2017, «[t]oda trabajadora [del sector público o privado] 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»¹²³. Para el reconocimiento esta

¹²⁰ Cfr. Sentencias C-383 de 2012 y T-865 de 2008.

¹²¹ Sentencia C-543 de 2010. En esta sentencia, la Corte explicó que «[e]sta figura protectora en materia laboral constituyó uno de los triunfos derivados del reconocimiento expreso –en el ámbito internacional de los derechos humanos y, bajo su influjo, en los ordenamientos jurídicos internos–, de la situación de desventaja, de discriminación y de marginamiento al que se han visto puestas las mujeres en el curso de la historia por circunstancias conectadas con la maternidad, así como de la profunda repercusión restrictiva que de esa compleja situación suele derivarse también para el goce efectivo de los derechos de la niñez».

¹²² Sentencias T-224 de 2021, T-489 de 2018, T-998 de 2008 y T-204 de 2008, entre otras.

¹²³ El inciso 2 de este artículo dispone que «[s]i 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».

licencia de maternidad, «la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico» en el que conste (i) «[e]l estado de embarazo de la trabajadora», (ii) «[l]a indicación del día probable del parto» y (iii) «[l]a 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».

71. Como regla general, «[d]e las dieciocho (18) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce a menos que el médico tratante prescriba algo diferente» y es «incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento de un hijo, estos días serán descontados de la misma»¹²⁴. Al respecto, el legislador dispuso que «[s]i por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomar la semana previa al parto, podrá disfrutar las dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato»¹²⁵.

72. En cuanto a la licencia de paternidad, inicialmente, el legislador previó el reconocimiento de 8 días hábiles remunerados en favor del «esposo o compañero permanente». No obstante, mediante la Sentencia C-383 de 2012, la Corte declaró inexecutable la referida expresión contenida en el artículo 236 del CST, por cuanto consideró que implicaba una limitación fundamentada en «razones sospechosas»¹²⁶ que vulneraba (i) el derecho a la igualdad (artículo 13 C.P.); (ii) el «derecho fundamental de los padres a la licencia remunerada para asistir a sus hijos durante los primeros días de vida, que encuentra fundamento en el principio de dignidad» (artículo 43 C.P.); (iii) el derecho «a la conformación de una familia» (artículo 42 C.P.), y (iv) «el libre desarrollo de la personalidad» (artículo 16 C.P.)¹²⁷.

73. En la actualidad, el parágrafo 2 del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 (que modificó el artículo 236 del CST) establece que «el padre tendrá derecho a dos (2) semanas de licencia remunerada de paternidad». Asimismo, dispone que «[l]a licencia de paternidad se ampliará en una (1) semana adicional por cada punto porcentual de disminución de la tasa de desempleo estructural comparada con su nivel al momento de la entrada en vigencia de la presente ley, sin que en ningún caso pueda superar las cinco (5) semanas». Adicionalmente, esta ley creó las figuras de «licencia parental compartida» y «licencia parental flexible de tiempo parcial».

¹²⁴ Parágrafo 1 del artículo 236 del CST.

¹²⁵ Sección (a) del numeral 6 del artículo 6 del CST.

¹²⁶ Al respecto, la Corte explicó que «estos criterios de clasificación pueden calificarse de *sospechosos*, en razón de que hacen depender la efectividad de un derecho fundamental en beneficio de sujetos de especial protección, como los son los niños y niñas recién nacidos(as), de que el padre tenga la calidad legal o jurídica de esposo o compañero permanente de la madre, o de que los recién nacidos sean hijos de la cónyuge o compañera permanente del padre, excluyendo de este beneficio y discriminando a una gran cantidad de menores que no son hijos de la cónyuge o compañera permanente del padre, o a los padres que no tienen la calidad de esposos o compañeros permanentes» (Sentencia C-383 de 2012).

¹²⁷ Sentencia C-383 de 2012.

D. Posibilidad de hacer extensiva la licencia de maternidad al padre de conformidad con la ley y la jurisprudencia

74. Inicialmente, el Código Sustantivo del Trabajo (CST) previó la licencia de maternidad para la madre biológica, sin contemplar su extensión a la madre adoptante ni al padre biológico o adoptante. La Ley 24 de 1986 introdujo el numeral 4 al artículo 236 del CST que dispuso que las garantías establecidas para la madre biológica se hacen extensivas a la madre adoptante de «menor de edad de siete (7) años de edad», para lo cual asimiló la fecha de parto a la de la entrega oficial del menor de edad adoptado. Luego, la Ley 50 de 1990 mantuvo la extensión de la licencia de maternidad a la madre adoptante con la restricción de edad del adoptado y añadió como beneficiario de la extensión al «padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente»¹²⁸. La Ley 755 de 2002 modificó el artículo 236 del CST, pero no alteró la redacción de su numeral 4.

75. Mediante la Sentencia T-1078 de 2003, la Sala Segunda de Revisión de la Corte resolvió el caso en el que un padre que solicitó a su EPS la extensión de la licencia de maternidad, debido a que su esposa y madre de su hija recién nacida había fallecido a los pocos días de haber dado a luz, por lo que él debió asumir en soledad el cuidado de su hija. Esta solicitud fue negada por la EPS, con fundamento en que el artículo 236.4 del CST (modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990) solamente cobijaba a los padres adoptantes sin cónyuge o compañera permanente.

76. En aquella oportunidad, la Corte amparó los derechos fundamentales del padre y de su hija recién nacida y, en consecuencia, ordenó a la EPS reconocer en favor de este «la licencia a que se refiere el numeral 4°, del artículo 34 de la Ley 50 de 1990, la cual se extiende por ministerio de la ley al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente». Al respecto, consideró que «ante el vacío en la legislación para el caso de padres biológicos sin cónyuge o compañera permanente, no resultaba irrazonable la aplicación analógica del artículo 34, numeral 4°, de la Ley 50 de 1990, [...] pues en ese evento, se ha debido tener en cuenta, por encima de cualquier otra consideración, el bienestar de la menor en cuyo nombre se solicitaba dicha aplicación, máxime teniendo en cuenta la existencia de un antecedente que prohijaba dicha aplicación», esto es, el padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente.

77. En tales términos, mediante la Sentencia T-1078 de 2003, la Corte consideró que, ante la muerte de madre biológica, el padre biológico tiene el derecho a que se le extienda el reconocimiento de la licencia de maternidad, de la misma manera en que la ley lo había previsto para el padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente.

¹²⁸ Esta misma norma dispuso que «[e]stos beneficios no excluyen al trabajador del sector público».

78. Posteriormente, la Corte examinó la constitucionalidad de la expresión «del menor de siete (7) años de edad» contenida en el artículo 236 del CST, modificado por la Ley 50 de 1990¹²⁹ y, en la la Sentencia C-543 de 2010, declaró inexecutable dicha expresión. En particular, consideró que las exclusiones de la extensión de la licencia de maternidad a ciertos padres o madres que se encuentran en situaciones *asimilables* en favor de quienes el legislador dispuso el reconocimiento de la extensión de la licencia de maternidad vulneraban (i) el derecho a la igualdad (artículo 13 C.P.), y (ii) el mandato previsto por el artículo 42 C.P. que «ordena reconocerle a todos los hijos y a todas las hijas con independencia de la manera como hayan llegado a la familia los mismos derechos e imponerles las mismas obligaciones».

79. De manera particular, explicó que la distinción inicialmente prevista por el legislador para hacer extensiva la licencia de maternidad en razón a la edad del hijo adoptado era «injustificada e incompatible con lo dispuesto por la Carta Política», pues desconocía que «el tiempo inicial de integración familiar es tan decisivo en el proceso de adopción de niños o de niñas mayores de siete años, como lo es en el caso de los niños y de las niñas menores de siete años»¹³⁰. Por lo tanto, además de no cumplir «con una finalidad legítima desde la perspectiva constitucional», desconocía «la protección que ordena [...] la Constitución a los intereses superiores de la niñez y [...] [el] carácter amplio con que ha interpretado la jurisprudencia constitucional el concepto de niñez –en concordancia con lo establecido por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos–»¹³¹.

80. Poco tiempo después, mediante la Sentencia T-172 de 2011, la Sala Quinta de Revisión resolvió el caso de una mujer que recibió en adopción a una niña de 12 años y a quien la EPS a la que estaba afiliada como cotizante le negó la extensión de la licencia de maternidad, con fundamento en que la menor de edad adoptada era mayor de 7 años. Además de reiterar la Sentencia C-543 de 2010, la sala de revisión destacó que para la extensión de la licencia de maternidad en casos de adopción debía tenerse en cuenta la fecha de la entrega oficial del menor de edad adoptado, mas no «momento en el que la sentencia judicial que decreta la adopción sea inscrita en el registro civil y reemplace el acta de nacimiento de origen». Lo contrario implicaría desconocer que la licencia de maternidad «tiene como finalidad esa integración y adaptación inicial a la nueva familia, [...] puesto que se condicionaría a la duración del proceso de adopción que regularmente tiende a extenderse, momento para el cual ya ha transcurrido la fase de contacto y ajuste inicial».

¹²⁹ Como se explicó, la Ley 50 de 1990 condicionó la extensión de la licencia de maternidad a la madre adoptante o al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente a que el hijo adoptado fuera menor de siete años de edad. Esta condición se mantuvo con las leyes 755 de 2002 y 1468 de 2011.

¹³⁰ Sentencia C-543 de 2010.

¹³¹ *Ibidem*.

81. Ante esta jurisprudencia, la Ley 1468 de 2011 modificó el numeral 4 del artículo 236 del CST en el sentido de eliminar la limitación a la edad del menor de edad adoptado para la procedencia de la extensión de la licencia de maternidad. A su vez, la Ley 1822 de 2017 cambió sustancialmente la redacción del artículo 236.4 del CST. De un lado, eliminó la extensión de la licencia de maternidad al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente y, de otro, incluyó como beneficiario de esta extensión al «padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte»¹³². Finalmente, la Ley 2114 de 2021 introdujo nuevas modificaciones al artículo 236 del CST. En relación con el numeral 4, mantuvo en lo esencial las modificaciones de la última ley, pero agregó que la extensión de la licencia de maternidad favorece al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, no solo en caso de enfermedad o muerte de esta, sino también en caso de abandono por parte de la madre.

82. Así las cosas, la redacción actual del artículo 236 del CST dispone que «[t]odas las provisiones y garantías» previstas en este para la madre biológica «se hacen extensivas» a (i) la madre adoptante o (ii) «al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad, abandono o muerte», para lo cual la fecha del parto se asimila «a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento»¹³³. La misma norma explica que cuando «la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento, abandono 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».

III. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

83. *Delimitación del caso.* La Sala advierte que el presente caso versa sobre la procedencia de la extensión de licencia de maternidad en favor del padre sin esposa o compañera permanente cuya hija nació mediante la figura conocida como «maternidad subrogada» o «alquiler de vientre», habida cuenta de que este supuesto no está expresamente contemplado por la ley dentro de los casos en los cuales la licencia de maternidad se hace extensiva al padre biológico¹³⁴. Lo anterior, aunado al hecho de que la EPS reconoció y pagó licencia de maternidad a la «gestante subrogada».

A. La falta de regulación sobre la «maternidad subrogada» redundó en la vulneración de los derechos fundamentales del accionante y de su hija

¹³² De acuerdo con esta norma, en tales casos «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».

¹³³ Artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, «[p]or medio de la cual se amplía la licencia de paternidad, se crea la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial, se modifica el artículo 236 y se adiciona el artículo 241A del Código Sustantivo del Trabajo, y se dictan otras disposiciones».

¹³⁴ Ver sección D de las consideraciones generales de esta providencia.

84. La Sala considera que la ausencia de regulación de la maternidad subrogada repercutió en la imposibilidad de Sanitas EPS para definir cómo debía actuar en el asunto concreto. A su vez, la falta de reconocimiento de la extensión de la licencia de maternidad, ocasionada por la omisión legislativa absoluta respecto de la «maternidad subrogada», afectó el interés superior de la niñez (artículo 44 C.P.) y vulneró los derechos fundamentales de los accionantes a la igualdad (artículo 13 C.P.), al mínimo vital y a la «protección integral de la familia» (artículo 42 C.P.), así como el derecho a la extensión de la licencia de maternidad en favor del accionante.

85. La redacción actual del artículo 236.4 del CST dispone que la licencia prevista para la madre biológica se hace extensiva «al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad, abandono o muerte». Como quedó explicado¹³⁵, esta disposición beneficia al padre que debe asumir *en soledad* el cuidado del hijo recién llegado a la familia. Entendida esta soledad como la ausencia temporal o permanente de la madre, ya sea a causa de enfermedad, muerte o abandono por parte de esta, que le impiden brindar el cuidado que necesita el hijo.

86. La Sala reconoce que las especialísimas circunstancias en las que se encuentran el accionante y su hija no corresponden a aquellas previstas por el legislador y la jurisprudencia constitucional en las que la licencia de maternidad se hace extensiva al padre. Además, la Sala advierte que, teniendo en cuenta que en el ordenamiento jurídico colombiano no está prohibida la gestación que ocurre en el útero de una mujer que no es la madre, en los términos del artículo 6º de la Constitución Política¹³⁶, este tipo de procreación está permitida¹³⁷. A partir de lo anterior, es claro que el legislador no contempló la extensión de la licencia de maternidad para el supuesto en que un padre asuma *en soledad* el cuidado de su hijo o hija engendrado a través de la maternidad subrogada, como sucede en el caso concreto. En efecto, en este caso la madre de *Amalia* no ha muerto, no está enferma y, en estricto sentido, tampoco la ha abandonado¹³⁸. En estos términos, teniendo en cuenta las particulares circunstancias en las que la menor de edad fue procreada, no existe madre alguna¹³⁹.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ Este artículo establece que «[l]os particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes». En consecuencia, en ausencia de ley que prohíba la maternidad subrogada, esta está permitida.

¹³⁷ Aunque en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la celebración de convenios o acuerdos de «maternidad subrogada» cuando «la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos». A su vez, en la Sentencia T-968 de 2009 la Corte advirtió que, si la gestante subrogada aportara su óvulo «estaríamos frente a la hipótesis de la mujer que se compromete a entregar su hijo biológico a cambio de una suma de dinero, la cual si está prohibida en nuestro ordenamiento por constituir trata de seres humanos». Esta tesis también tiene sustento en el artículo 6 de la Constitución Política, que dispone que «los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes».

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ Para comprender esta última afirmación, resulta importante reiterar que «[l]a maternidad, como proyección de la solidaridad natural de la persona humana, no comprende, *per se*, un estado biológico a secas, sino una

87. En el asunto que ocupa la atención de la Sala, el accionante alquiló un vientre y, mediante la fecundación in vitro con transferencia embrionaria, procreó a la menor de edad *Amalia*. En otras palabras, el accionante contrató a una mujer para que prestara su cuerpo con el fin de implantar en su útero embriones resultantes de la fecundación de óvulos de donante anónima con sus espermatozoides. Por tanto, en tales circunstancias, no existe madre¹⁴⁰.

88. Estas particulares circunstancias llevan a que el presente caso no se subsuma en ninguno de los supuestos previstos por la ley e identificados por la jurisprudencia constitucional en los que debe extenderse la licencia de maternidad al padre. De un lado, en la actualidad, el artículo 236 del CST solo contempla la extensión de la licencia de maternidad para el «padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad, abandono o muerte».

89. De otro lado, la jurisprudencia constitucional no ha resuelto un caso igual al presente. En particular, cabe precisar que el caso que analiza la Sala en esta oportunidad no se subsume en la regla fijada por la Corte en la Sentencia T-1078 de 2003, según la cual el padre biológico cuya esposa o compañera permanente y madre de su hijo o hija falleció tiene derecho a la extensión de la licencia de maternidad¹⁴¹.

90. Por lo tanto, ante la laguna legislativa que existe sobre la materia y la ausencia de regla jurisprudencial aplicable al presente caso, la Sala deberá acudir a los principios constitucionales que rigen el ordenamiento jurídico para resolver en el caso concreto.

91. *Aplicación del principio de igualdad.* La Corte Constitucional ha explicado en múltiples ocasiones que, en el ordenamiento jurídico colombiano, la igualdad debe entenderse simultáneamente como un (*i*) valor, porque «reconduce a una norma que establece fines dirigidos a todas las

actitud racional». Así, el acto de ser madre «supone una volición, es decir, un querer ser, y una manifestación externa de ese querer [que] implica una actitud integral en función del bienestar del hijo» (Sentencia T-339 de 1994).

¹⁴⁰ *Cfr.* Sentencia T-339 de 1994. Sobre el particular, el accionante informó que (*i*) la fecundación in vitro se llevó a cabo «mediante la técnica de ovodonación», es decir, «se trató de un óvulo donado, cuyo origen es totalmente desconocido para [él]» y (*ii*) la señora *Lorena* «solo [lo] apoyó como madre subrogada». (Ver respuesta del accionante al auto de 25 de mayo de 2022).

¹⁴¹ En efecto, en la Sentencia T-1078 de 2003, la Corte sostuvo que, en virtud del interés superior de la niñez y del principio de igualdad, debía extenderse la licencia de maternidad a un padre que enviudó pocos días después de que su esposa hubiera dado a luz a su segunda hija. Sin embargo, este reconocimiento tuvo en consideración que la madre de la bebé había fallecido y que la ley contemplaba la extensión de la licencia de maternidad al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente. Ninguna de estas dos circunstancias está presente en este caso. Como quedó explicado, en el asunto *sub judice* no existe madre alguna, pues la mujer que dio a luz a *Amalia* simplemente alquiló su vientre, sin asumir el rol de madre. Así, a diferencia de lo ocurrido en el caso resuelto por la sentencia T-1078 de 2003, el señor *Mauricio* decidió asumir de manera exclusiva el cuidado de su hija. Además, el artículo 236.4 del CST (a partir de la Ley 1822 de 2017) no contempla de manera expresa la extensión de la licencia de maternidad en favor del padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente.

autoridades creadoras del derecho, en especial al Legislador»¹⁴²; (ii) principio, porque «se trata de un deber ser específico»¹⁴³, y (iii) derecho, que se traduce en la existencia de «deberes de abstención como la prohibición de discriminación y, en obligaciones de acción, como la consagración de tratos favorables para grupos en situación de debilidad manifiesta»¹⁴⁴. Además, en el artículo 13 de la Constitución Política, «[...] la igualdad contiene dos mandatos específicos: de una parte, el deber de tratamiento igual a supuestos de hecho equivalentes; y de otra, la obligación de consideración desigual ante situaciones diferentes que ameriten una regulación diversa»¹⁴⁵.

92. En sede de revisión la Sala pudo constatar que, en este caso, el accionante decidió asumir *en soledad* el cuidado de su hija recién nacida teniendo en cuenta que (i) en la solicitud de extensión de la licencia de maternidad, el accionante afirmó «bajo juramento» que es «padre único y cabeza de familia»¹⁴⁶, para lo cual aportó como soporte certificación expedida por el centro médico de fertilidad en el que consta que «se realizó tratamiento de fecundación in vitro con transferencia de embrión el 22 de febrero de 2021 a la gestante subrogada *Lorena*» y que, producto de dicha transferencia, «se logró embarazo diagnosticado con prueba de embarazo positiva el día 04 de marzo de 2021»¹⁴⁷; (ii) en el registro civil de nacimiento de la menor el accionante aparece como único padre; (iii) la señora *Lorena* no es la madre de la menor *Amalia*, sino que se limitó a gestarla y darla a la luz¹⁴⁸, y (iv) el señor *Mauricio* ha asumido de manera exclusiva el cuidado de la menor de edad desde el día en que nació.

93. A partir de los hechos probados, la Sala advierte que el actor decidió voluntariamente ser padre y asumir el cuidado de su hija *en soledad*. Es decir, por motivos diferentes a los previstos en la ley, el señor *Mauricio* asumió *en soledad* el cuidado de su hija. Así, aunque las circunstancias en que está el accionante no son exactamente iguales a las previstas por la ley y la jurisprudencia, sí son, al menos, «“semejante[s]”, “asimilable[s]” o “equiparable[s]” respecto de hechos o rasgos sobresalientes o relevantes»¹⁴⁹, en especial, en relación con el impacto en la garantía de los derechos de su hija. Esto, por cuanto, salvo por la causa¹⁵⁰, el accionante se encontraba en condiciones *asimilables* a las del (i) «padre que qued[a] a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad, abandono o muerte» y (ii) padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente.

¹⁴² Sentencia C-084 de 2020. En el mismo sentido, Sentencias C-250 de 2012.

¹⁴³ Sentencias C-084 de 2020 y C-015 de 2014.

¹⁴⁴ Sentencia C-084 de 2020.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ Folio 10 del expediente digital.

¹⁴⁷ Folio 11 del expediente digital. Dicha certificación fue expedida el 29 de octubre de 2021.

¹⁴⁸ Esto, debido a que la bebé fue engendrada con óvulo de donante anónima y, por tanto, la gestante subrogada no tiene vínculo genético con la menor de edad.

¹⁴⁹ Sentencia C-543 de 2010.

¹⁵⁰ Esto es, que en este caso el supuesto es la extensión de licencia de maternidad al padre único por maternidad subrogada

94. La Sala considera que, en el presente caso, en virtud del principio de igualdad, es posible extender los beneficios de la licencia de maternidad al accionante, quien se encuentra en una situación asimilable a la que está contemplada en la ley para los padres adoptivos o biológicos que han debido asumir el cuidado de sus hijos *en soledad*, bien sea porque no tienen cónyuge o compañera permanente, o porque no cuentan con el apoyo de la madre a causa de muerte, enfermedad o abandono.

95. En todo caso, la Sala considera necesario recalcar que la situación de desigualdad en la que quedó el demandante en el caso concreto al no acceder a la extensión de la licencia de maternidad no fue generada por la decisión arbitraria de la EPS accionada, sino que fue causada por la inexistencia de una norma que regulara la materia, que dejó a la entidad demandada sin elementos legales para conceder la licencia de paternidad al accionante. En otras palabras, la negativa de la EPS de conceder la licencia de paternidad no fue caprichosa, sino que obedeció a la aplicación de las reglas vigentes que regulan los supuestos en que es dable extender la licencia de maternidad.

96. En consecuencia, la Sala concluye que el accionante se encuentra en una situación no prevista por el legislador dentro de los supuestos en los cuales es procedente extender los beneficios de la licencia de maternidad al padre, que implicó la imposibilidad de la EPS para acceder a la solicitud de extensión de dicha prestación. Sin embargo, en virtud del principio de igualdad y teniendo en cuenta la omisión legislativa existente en relación con la maternidad subrogada, es imperioso concluir que, en el caso *sub judice*, el accionante y su hija deben recibir el mismo trato que la ley previó para padres trabajadores que deben asumir *en soledad* el cuidado de su hijo o hija, aunque por una causa diferente.

97. *Aplicación del principio del interés superior de la niñez.* Como quedó expuesto previamente, las licencias de paternidad y de maternidad tienen como fundamento último la garantía del interés superior de la niñez¹⁵¹. En este sentido, conviene reiterar que «la presencia activa, participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo, y aún más cuando ha decidido asumir su papel en forma consciente y responsable, garantizando al hijo el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales y especialmente el derecho al cuidado y amor para su desarrollo armónico e integral»¹⁵².

98. En consecuencia, con la imposibilidad de hacer extensiva la licencia de maternidad al actor originada en el vacío legislativo al que se ha hecho alusión a lo largo de esta sentencia, se privó a la menor de edad del derecho del que debió haber gozado de contar con un tiempo exclusivo para construir un vínculo con su padre que trasciende, por mucho, los momentos que comparte

¹⁵¹ Ver párrafos 62 a 72.

¹⁵² Sentencia C-273 de 2003.

un hijo o hija con su cuidador principal cuando este debe cumplir con sus obligaciones laborales. De tal suerte que, en el presente caso, con fundamento en el principio del interés superior de la niñez, la Sala considera que, pese al vacío legislativo existente, es procedente extender el beneficio de la licencia de maternidad al accionante, para garantizar el derecho de la menor de edad *Amalia* a recibir cuidado y amor por parte de su padre (artículo 44 C.P.).

99. *La EPS Sanitas no vulneró el derecho a la extensión de la licencia de maternidad del accionante.* La jurisprudencia constitucional ha sostenido que las licencias de maternidad y de paternidad constituyen auténticos derechos subjetivos y fundamentales de los padres trabajadores¹⁵³. En el presente caso, la Sala constata que la capacidad y disposición para brindar el cuidado y el amor a la menor de edad *Amalia* –uno de los fines de la licencia de maternidad– fue asumida exclusivamente por el accionante. Sin embargo, aunque es claro que el accionante decidió asumir *en soledad* el cuidado de su hija recién nacida, sus particulares circunstancias no están contempladas por la legislación para que proceda la extensión de la licencia de maternidad. En consecuencia, la decisión de la EPS de negar la solicitud de extensión de esta prestación no desconoció el derecho del actor a disfrutar de la licencia de maternidad, porque conforme a la legislación en vigor el señor *Mauricio* no tiene derecho a la extensión de esta prestación.

100. Sin perjuicio de lo anterior, como se explicó (párr. 91 al 98), en virtud de los principios de igualdad y del interés superior de la niñez, en el caso concreto resulta procedente que esta Sala, en su calidad de juez de tutela, extienda los beneficios de la licencia de maternidad en favor del actor.

101. *Garantía de los derechos al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas.* Como quedó expuesto al analizar el cumplimiento del requisito de subsidiariedad (párrs. 45 a 50), el reconocimiento de la licencia de maternidad, en este caso mediante la extensión de esta prestación, tiene una relación inescindible con el derecho al mínimo vital. Esto porque «la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia»¹⁵⁴. En el caso *sub judice*, el accionante informó que los recursos con los que garantiza su sostenimiento y el de su hija provienen de su trabajo como profesor universitario de tiempo completo. Por tanto, se reitera, debe presumirse «la vulneración del derecho al mínimo vital» cuando el padre que reclama la licencia «no tiene ingresos económicos diferentes a su salario mensual»¹⁵⁵. A su vez, la imposibilidad de hacer extensiva la licencia de maternidad al accionante con su correspondiente pago, comprometió la vida en condiciones dignas de la menor de edad¹⁵⁶.

¹⁵³ Cfr. Sentencias C-383 de 2012, C-663 de 2009, C-174 de 2009 y C-273 de 2003.

¹⁵⁴ Sentencias T-526 de 2019 y T-278 de 2018, entre otras.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ En otras oportunidades, esta Corte ha sostenido que la licencia de maternidad garantiza, entre otros, «los derechos de la madre y del recién nacido a la vida digna y al mínimo vital». Cfr. Sentencias T-224 de 2021, SU -075 de 2018 T-503 de 2016, T-368 de 2009, T-603 de 2006, T-664 de 2002 y T-473 de 2001, entre otras.

102. Así las cosas, teniendo en cuenta que, como se explicó, en virtud del principio de igualdad y del interés superior de la niñez, en el presente caso resulta imperioso extender la licencia de maternidad en favor del accionante, esta Sala también amparará los derechos al mínimo vital y a la vida en condiciones de igualdad, habida cuenta de la estrecha relación que existe entre estos derechos y la licencia de maternidad.

B. Medidas de protección en el caso concreto

103. La Sala considera que el caso concreto reviste una especial complejidad, teniendo en cuenta que, como regla general, la jurisprudencia ha sido clara en advertir que la licencia de maternidad se concreta en la garantía de la que goza la madre para que, al tiempo que se recupera del parto, construya una relación maternofilial con el recién nacido. De ahí que la licencia de maternidad no resulta aplicable a la mujer que se encuentra en recuperación por haber dado a luz, sin ser la madre.

104. En consecuencia, el asunto particular rompe con la regla general contemplada por el legislador, porque en la mujer que dio a luz a la bebé no confluye su condición de madre. Por lo tanto, el reconocimiento de la extensión de los beneficios de la licencia de maternidad al padre no cobija el tiempo de recuperación necesario para la mujer que alquila su vientre para engendrar un hijo ajeno. A partir de lo anterior, la Sala estima que la solución planteada por la ADRES en su respuesta al auto de pruebas contribuye acertadamente a solucionar el caso concreto.

105. En particular, la ADRES concluyó que en este caso «[...] debió [...] reconocér[se]le a la señora *LORENA* una incapacidad médica por el tiempo que se estime necesario para su recuperación física y al padre *MAURICIO* se le debió reconocer la licencia de maternidad completa por el tiempo de 126 días, ya que es él quien finalmente está ejerciendo el rol más importante de los objetos de la licencia que es el cuidado material de la menor»¹⁵⁷.

106. Ahora bien, con el fin de establecer el tiempo de incapacidad que le correspondía a la señora *Lorena* para recuperarse del parto, la Sala pone de presente que de las pruebas obtenidas en sede de revisión quedó claro que (i) el nacimiento de la menor *Amalia* ocurrió por parto natural¹⁵⁸, y (ii) «[...] las tres fases del parto (dilatación, expulsión y alumbramiento) [y] el puerperio inmediato, se desarrollaron con normalidad y sin presentar complicaciones»¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Respuesta de la ADRES al auto de pruebas del 25 de mayo, pág. 16.

¹⁵⁸ Respuesta de EPS Sanitas al auto de pruebas del 25 de mayo, págs. 1 y 2.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

107. A su vez, los especialistas médicos del Departamento de Ciencias de la Reproducción de la Escuela de Medicina y Ciencias de la Salud de la Universidad del Rosario y del Departamento de Obstetricia y Ginecología de la Universidad Nacional a los que se les consultó en sede de revisión, coincidieron en concluir que, cuando un parto ocurre en condiciones normales, el tiempo de recuperación de la mujer que da a luz es de seis semanas¹⁶⁰.

108. Por lo tanto, la Sala considera que, en este caso, a causa del vacío legislativo existente a la señora *Lorena* se le reconoció un tiempo de descanso remunerado (licencia) que no le correspondía. Sobre el particular, la EPS Sanitas le concedió a la señora *Lorena* un total de dieciocho semanas de licencia por concepto de licencia de maternidad desde el 23 de octubre de 2021, esto es, una semana antes del nacimiento de *Amalia*. De acuerdo con las pruebas recaudadas en sede de revisión, el embarazo, así como las fases del parto y el postparto transcurrieron con normalidad.

109. Así las cosas, la Sala considera razonable que la señora *Lorena* hubiere contado con siete semanas de descanso remunerado, correspondientes a: (i) una semana antes del parto, entendida como medida de protección para la mujer gestante y el bebé próximo a nacer, y (ii) seis semanas postparto, por ser el tiempo requerido en condiciones normales para que la mujer se recupere del proceso de gestación y parto. Sin embargo, el descanso remunerado al que tenía derecho la señora *Lorena* no correspondía a la prestación de licencia de maternidad, sino al de incapacidad médica, porque, se insiste, en ella no confluyó la condición de gestante que da a luz y madre.

110. En otras palabras, no puede desconocerse que el puerperio implica una condición que inhabilita para trabajar y que requiere de un tiempo mínimo para la recuperación física y, así, retomar las actividades laborales. En consecuencia, sin perjuicio de que, por las razones expuestas, en la señora *Lorena* no confluyeron las condiciones necesarias para el reconocimiento de la licencia de maternidad, la Sala considera contrario a los postulados del Estado Social de Derecho que una mujer que acaba de dar a luz y que estaba afiliada como cotizante al sistema general de seguridad social en salud quede completamente desprotegida, pese a que dicho sistema contempla el reconocimiento de auxilio económico para los eventos en los que el trabajador o trabajadora cotizante esté temporalmente inhabilitado para trabajar por motivos de salud.

111. En efecto, con fundamento en el artículo 206 de la Ley 100 de 1993¹⁶¹,

¹⁶⁰ Conceptos de la Universidad del Rosario, pág. 2 y de la Universidad Nacional, pág. 2.

¹⁶¹ Artículo 206 de la Ley 100 de 1993: «Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad [laboral] y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los

así como en los artículos 2.1.13.4 y 2.2.3.1.1 del Decreto 780 de 2016¹⁶², los trabajadores independientes cotizantes al régimen contributivo tienen derecho a recibir auxilio económico por incapacidad general cuyo pago corresponde a la EPS a la que estén afiliados¹⁶³. De acuerdo con el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando la incapacidad no fuere de origen profesional, el trabajador tiene derecho a recibir «un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante»¹⁶⁴. No obstante, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de esta norma en el entendido de que «el auxilio monetario por enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente». Para acceder a esta prestación, el trabajador independiente debe haber «efectuado aportes por un mínimo de cuatro (4) semanas»¹⁶⁵.

112. En el caso concreto, la Sala encuentra que se reúnen los requisitos para el reconocimiento del auxilio por incapacidad en favor de la señora *Lorena*. De un lado, estaba afiliada como cotizante al régimen contributivo «en calidad de independiente»¹⁶⁶ y, de otro lado, cumplió con el mínimo de 4 semanas cotizadas¹⁶⁷. Además, es claro que la condición que la inhabilitó para trabajar

recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto».

¹⁶² Artículo 2.1.13.4 del Decreto 780 de 2016: «Incapacidad por enfermedad general. Para el reconocimiento y pago de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general, conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que los afiliados cotizantes hubieren efectuado aportes por un mínimo de cuatro (4) semanas. || No habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando estas se originen en tratamientos con fines estéticos o se encuentran excluidos del plan de beneficios y sus complicaciones».

Artículo 2.2.3.1.1: «ARTÍCULO 2.2.3.1.1. Pago de prestaciones económicas. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo los aportantes y trabajadores independientes no podrán deducir de las cotizaciones en salud los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad. || El pago de estas prestaciones económicas al aportante será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante. || En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas. || PARÁGRAFO 1. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002. || PARÁGRAFO 2. De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar».

¹⁶³ De acuerdo con el Ministerio de Salud, «[e]l auxilio por incapacidad se define como el reconocimiento de la prestación de tipo económico y pago de la misma que hacen las Entidades Promotoras de Salud -EPS-, a sus afiliados cotizantes no pensionados, por todo el tiempo que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual». Concepto de 21 de junio de 2018, radicado: 201811600731431.

¹⁶⁴ Artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo. *Cfr.* Decreto 3135 de 1968, artículo 18.

¹⁶⁵ Decreto 780 de 2016, artículo 2.1.13.4.

¹⁶⁶ Respuesta de Sanitas EPS al auto de pruebas de 10 de junio de 2022, pág. 2.

¹⁶⁷ De acuerdo con la información reportada en el sistema de consulta de la base de datos única de afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud (BDUA-SGSS), la fecha de afiliación efectiva de la señora *Lorena* a Sanitas EPS fue el 1 de mayo de 2021, por lo que para el inicio de la incapacidad (23 de octubre de 2021) es claro que se habían cotizado, al menos, 4 semanas.

no tuvo origen «en tratamientos con fines estéticos o [que] se encuentr[e]n excluidos del plan de beneficios y sus complicaciones»¹⁶⁸.

113. Por otra parte, la Sala considera que el reconocimiento de las once semanas adicionales a las necesarias para la recuperación física de la señora *Lorena* en los términos que se acaban de explicar obedeció a una omisión legislativa absoluta sobre la materia. Tal omisión es imputable al Estado y, por lo tanto, es en la ADRES debe recaer la carga del pago que indebidamente se reconoció a la señora *Lorena*.

114. En consecuencia, teniendo en cuenta que la accionada ya efectuó el desembolso correspondiente a 18 semanas de licencia de maternidad en favor de la señora *Lorena* y que ese pago obedeció a un reconocimiento indebido generado por la falta de regulación en la materia por parte del Congreso de la República, la ADRES deberá asumir el exceso de 11 semanas que se reconoció como licencia de maternidad a la señora *Lorena*. A su vez, deberá realizar los trámites administrativos que sean necesarios, con el fin de que se sustituya la licencia de maternidad que se reconoció por una incapacidad de siete semanas, sin que esto implique un pago adicional en favor de la señora *Lorena*.

115. En suma, la señora *Lorena* tenía derecho al pago de un auxilio por incapacidad, pero no al reconocimiento de licencia de maternidad. Lo primero, porque el puerperio requiere un tiempo mínimo de 6 semanas para la recuperación física de la mujer y esta condición la inhabilita para laborar. A su vez, es razonable que dicha incapacidad comprendiera también la semana antes del parto como una medida de protección a la mujer y al que está por nacer, sobre todo teniendo en cuenta que no existía un dictamen médico que indicara que la señora *Lorena* estaba en condiciones de laborar durante la última semana de embarazo. Lo segundo, debido a que en ella no confluyeron las condiciones de haber dado a luz y ser madre.

116. Finalmente, de acuerdo con la normativa expuesta (ver párr. 111), el pago de los auxilios por incapacidad corresponde a la EPS a la que esté afiliado el trabajador independiente. Por tanto, Sanitas EPS deberá asumir el valor de ese auxilio y, en consecuencia, devolver a la ADRES la suma correspondiente a 7 semanas de incapacidad que inicialmente esta entidad reembolsó a la EPS, por concepto de licencia de maternidad.

117. Por otra parte, al señor *Mauricio* se le reconoció una licencia de paternidad de catorce días. Sin embargo, en virtud de los principios de igualdad y de interés superior de la niñez, la Sala ordenará que se hagan extensivos los beneficios de la licencia de maternidad al accionante. En consecuencia, ordenará a Sanitas EPS que ejecute las acciones que sean

¹⁶⁸ Artículo 2.1.13.4 del Decreto 780 de 2016.

necesarias para que, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a realizar las gestiones administrativas que sean necesarias para reconocer y pagar en su totalidad el tiempo que no se reconoció al señor *Mauricio* y su hija *Amalia* previsto por el legislador para obtener la extensión de la licencia de maternidad a su favor.

118. En este sentido, en atención a lo expuesto por la ADRES en respuesta al auto de 25 de mayo de 2022, la EPS deberá adelantar el trámite de corrección correspondiente para evitar que el accionante aparezca como titular de la licencia de maternidad y de paternidad simultáneamente, reconocida equivocadamente. Para tal fin, la EPS podrá adelantar ante la ADRES el proceso correspondiente para compensación o reembolso por la diferencia de semanas que se causen con ocasión de la extensión de la licencia de maternidad al señor *Mauricio*.

119. Sobre este aspecto, la Sala aclara que, el hecho de que hayan transcurrido más de siete meses desde el nacimiento de la menor de edad *Amalia* y la notificación de esta sentencia no es razón para pensar que en el presente asunto se configura una carencia actual de objeto por daño consumado. Por el contrario, como lo ha afirmado la jurisprudencia de esta Corte, las licencias de maternidad y paternidad tienen como finalidad principal construir un vínculo filial entre el hijo o hija y su madre y/o padre. En ese sentido, la convivencia que se ha dado hasta el momento entre el señor *Mauricio* y su hija *Amalia* no supe la necesidad de un tiempo exclusivo para construir la relación de apego entre el padre y su hija, previsto por el legislador cuando reguló las licencias de maternidad y paternidad.

120. Por último, la Sala estima importante reiterar que las especiales condiciones en las que se forja el vínculo de los hijos con sus padres y la incidencia que esto tiene en su desarrollo integral y, por lo tanto, en la garantía del interés superior de la niñez, implica que la soledad generada por la ausencia de los padres (temporal o permanente) no puede ser suplida por otras personas¹⁶⁹. En tales términos, que el accionante hubiera contado con el apoyo remunerado (de una niñera) y gratuito (de su madre) para cuidar a la bebé en sus primeros días de vida¹⁷⁰ resulta irrelevante de cara a la vulneración de los derechos fundamentales del accionante y de su hija, en los términos expuestos en esta providencia.

C. Carencia actual de objeto por hecho superado en cuanto a la vulneración del derecho de petición del accionante

121. Sobre el derecho de petición, la Sala Plena ha establecido con claridad

¹⁶⁹ En este sentido, la Corte ha sostenido que «[n]adie puede reemplazar a los padres en el cumplimiento del primer deber ante los hijos» (Sentencia T-278 de 1994). Por lo que «los primeros obligados a dar protección y amor al niño son sus padres». Sentencia C-383 de 2012. *Cfr.* Sentencias C-273 de 2003 y T-339 de 1994.

¹⁷⁰ Sobre el particular, el accionante explicó que «en los momentos en que no pued[e] cuidar a [su] hija

que, para considerar que el derecho de petición está satisfecho, es necesario que se cumpla con las siguientes tres características: (i) prontitud; (ii) resolución de fondo de la solicitud, y (iii) notificación¹⁷¹. Sobre la respuesta de fondo, la Corte ha advertido que «[e]llo implica que es necesario que [la respuesta] sea clara, es decir, inteligible y de fácil comprensión ciudadana; precisa de modo que atienda lo solicitado y excluya información impertinente, para evitar respuestas evasivas o elusivas; congruente, o que se encuentre conforme a lo solicitado de modo que lo atienda en su totalidad; y consecuente con el trámite que la origina, cuando es el caso en que se enmarca en un proceso administrativo o una actuación en curso, caso en cual no puede concebirse como una petición aislada»¹⁷².

122. En el caso que ocupa la atención de la Sala, el accionante explicó en el escrito de tutela que a pesar de que su empleador radicó ante la EPS Sanitas la solicitud de licencia de paternidad «[...] en la radicación no dejó especificar que se trató de solicitar un tiempo equivalente al de la licencia de maternidad, ya que el sistema de la EPS alinea la solicitud al género masculino y automáticamente sólo reconoce quince (15) días»¹⁷³. En consecuencia, el actor elevó una solicitud ante la entidad demandada, en la que expresamente le pidió a la EPS Sanitas que tramitara y reconociera su «[...] licencia de paternidad por un tiempo equivalente al número de semanas que le es otorgado a las madres en la ley, bajo la condición de ser padre único y cabeza de familia»¹⁷⁴.

123. En esa solicitud –que radicó el 18 de noviembre de 2021 ante la EPS accionada– el actor consignó que (i) el 3 de noviembre de 2021 nació su hija *Amalia*; (ii) «[...] para la gestación de la menor [acudió] a la figura de gestación subrogada en el vientre de una madre que no [tenía] ningún vínculo genético de la menor [de edad]»¹⁷⁵; (iii) su empleador radicó una licencia de paternidad, pero el sistema no contemplaba la posibilidad de especificar que se trataba de un caso en que se pretendía que la EPS hiciera extensiva la licencia de maternidad al padre; (iv) él era «[...] el único padre de la menor *AMALIA*, pues no [contaba] con pareja, ni asistencia, ni soporte alguno para la crianza»¹⁷⁶. Además, el señor *Mauricio* adjuntó a la solicitud, entre otros documentos, una copia del registro civil de nacimiento en que constaba que él era el único padre de la niña *Amalia*.

124. El 2 de diciembre de 2021, la EPS Sanitas le contestó al accionante que en su sistema de información estaba registrada una autorización de desembolso de tres millones ciento sesenta y seis mil setenta y tres pesos (\$3.166.073), equivalente a 14 días, que sería cancelada el 17 de diciembre de

¹⁷¹ Véanse, al respecto, Sentencias C-007 de 2017 y T-044 de 2019.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ Folio 3 del expediente digital.

¹⁷⁴ Folio 10 del expediente digital.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

2021. Sin embargo, la respuesta de la EPS al accionante no solo estuvo fuera de contexto, sino que no se refirió en ningún momento a su solicitud de extender la licencia de paternidad.

125. Luego de esto, el 16 de diciembre de 2021 –esto es, el mismo día en que respondió al escrito de tutela–, la entidad accionada remitió al demandante un «alcance de respuesta» a su solicitud en la que negó la solicitud del señor *Mauricio*. Soportó su negativa en que: (i) no conocía la procedencia del óvulo de la gestante, por lo que sin este dato no era posible afirmar que se estuviera ante un caso de maternidad subrogada, (ii) el accionante no había acreditado que estaba ante un supuesto contemplado por la normativa vigente para hacer extensiva al padre la licencia de maternidad, y (iii) ya había reconocido una licencia de maternidad en favor de la señora *Lorena*, quien aparecía en el certificado de nacida viva de la niña como su madre¹⁷⁷.

126. La Sala encuentra que, en el caso concreto, aunque la primera respuesta de la EPS –del 2 de diciembre de 2021– no satisfizo el derecho de petición del accionante, en la segunda respuesta –del 16 de diciembre de 2021– la accionada enmendó su error. Concretamente, la EPS basó su negativa en que la menor de edad había sido producto de una maternidad subrogada, supuesto que no contemplaba la ley para extender al accionante la licencia de maternidad, aunado al hecho de que, siguiendo las disposiciones legales, ya le había concedido una licencia de maternidad a la señora *Lorena*.

127. En consecuencia, la Sala considera que, si bien en un primer momento la EPS vulneró el derecho de petición del accionante al no haber dado respuesta de fondo a su solicitud, en este caso se configuró una carencia actual de objeto por hecho superado, porque en la segunda respuesta la EPS Sanitas le explicó con claridad al señor *Mauricio* las razones que le impedían reconocer la licencia de maternidad a su favor.

D. La Sala exhortará al Congreso para que legisle sobre la «maternidad subrogada»

128. Para la Sala es evidente que el Congreso de la República se ha rehusado sistemáticamente a legislar sobre la «maternidad subrogada». Esto a pesar de que la Corte Constitucional ha advertido, por lo menos en tres ocasiones, la necesidad de que lo haga (párr. 54 a 59). A su vez, si bien en el Congreso de la República han existido por lo menos dieciséis iniciativas legislativas orientadas a regular la materia desde 1998, todas han terminado en archivo. Este hecho evidencia la ausencia de voluntad del legislador colombiano de regular la figura de la «maternidad subrogada».

129. Así las cosas, la Sala advierte que existe una imperiosa necesidad de

¹⁷⁷ Expediente digital. Págs. 12 y 25-27.

que el Congreso de la República asuma el vacío legislativo que existe sobre la «maternidad subrogada» y proceda a legislar sobre la materia. De ahí que exhortará al Congreso para que regule el asunto.

130. A su vez, teniendo en cuenta las complejidades éticas, jurídicas científicas y técnicas que involucra el asunto, la Sala también exhortará al Gobierno Nacional para que, en un término de máximo seis meses desde la notificación de esta sentencia, presente un proyecto de ley ante el Congreso de la República que regule la materia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. – **REVOCAR** la sentencia del 27 de diciembre de 2021, proferida por el Juez 51 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá que negó el amparo solicitado y, en su lugar, **CONCEDER** la protección de los derechos a la igualdad, a la protección de la familia, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas del señor *Mauricio* y de su hija *Amalia*, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo. – **DECLARAR** la existencia de carencia actual de objeto por hecho superado en cuanto a la violación del derecho de petición del señor *Mauricio* por parte de la EPS Sanitas, por las razones expuestas en esta sentencia.

Tercero. – **ORDENAR** a la EPS Sanitas que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, ejecute las acciones que sean necesarias para que al señor *Mauricio* se le reconozca la extensión de la licencia de maternidad. En este sentido, deberá corregir la licencia de paternidad reconocida al señor *Mauricio*, sin que esto implique que en su favor confluyan el reconocimiento de las licencias de maternidad y de paternidad. Para esto último, la EPS podrá descontar el tiempo y dinero reconocidos al accionante en calidad de licencia de paternidad, así como solicitar a la ADRES el reembolso correspondiente a tiempo de la licencia de maternidad.

Cuarto. – **ORDENAR** a la ADRES que, una vez recibida la solicitud de compensación o reembolso por parte de Sanitas EPS a la que se refiere el ordinal anterior de esta decisión, proceda, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la solicitud, a efectuar el reembolso correspondiente.

Quinto. – ORDENAR a la EPS Sanitas que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, ejecute las gestiones administrativas necesarias para que, en lugar de la licencia de maternidad inicialmente reconocida a la señora *Lorena*, se le reconozca una incapacidad por siete (7) semanas. El auxilio por esta incapacidad deberá ser asumido por la EPS Sanitas y no implicará el pago de dinero adicional al ya efectuado a favor de la señora *Lorena*. En consecuencia, (i) la EPS Sanitas deberá reembolsar a la ADRES el valor correspondiente a estas siete (7) semanas de auxilio por incapacidad, y (ii) la ADRES asumirá el valor de las once (11) semanas originalmente reconocidas como licencia de maternidad a la señora *Lorena*, a causa de la omisión legislativa absoluta identificada en esta providencia.

Sexto. – EXHORTAR al Gobierno nacional para que, en los próximos seis meses desde la notificación de esta sentencia, presente ante el Congreso de la República un proyecto de ley orientado a regular la «maternidad subrogada» en Colombia.

Séptimo. – EXHORTAR al Congreso de la República para que legisle sobre la maternidad subrogada en Colombia.

Comuníquese, publíquese y cúmplase

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

NATALIA ÁNGEL CABO
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General