

Aplicación del fuero materno en los contratos de maternidad subrogada: retos y desafíos en el ordenamiento jurídico colombiano

Application of maternal jurisdiction in subrogated maternity contracts: challenges and challenges in the colombian legal order

Aplicação da jurisdição materna em contratos de maternidade subrogados: desafios e desafios na ordem jurídica colombiana

Caballero Palomino, Sergio Andrés; Lozano Parra, Johan Sebastián;
Cruz Cadena, Katerin Yulieth; Parra Cárdenas, Amanda

Sergio Andrés Caballero Palomino
abogadosergiocaballero@hotmail.com
Corporación Universitaria Remington, Colombia
Johan Sebastián Lozano Parra
sebaslp2308@gmail.com
Colectivo Nacional de Abogados, Colombia
Katerin Yulieth Cruz Cadena
Abg.katerincruz@hotmail.com
Corporación Universitaria Remington, Colombia
Amanda Parra Cárdenas
amandaparracardenas@gmail.com
Escuela Escuela Colombiana de Ingenierías
Aplicadas y Ciencias Sociales INAPCIS, Colombia

Pensamiento Americano
Corporación Universitaria Americana, Colombia
ISSN: 2027-2448
ISSN-e: 2745-1402
Periodicidad: Frecuencia continua
vol. 15, núm. 29, 2022
pensamientoamericano@coruniamericana.edu.co

Recepción: 10 Agosto 2021
Aprobación: 13 Junio 2022
Publicación: 16 Junio 2022

URL: <http://portal.amelica.org/ameli/journal/761/7613945008/>

DOI: <https://doi.org/10.21803/penamer.15.29.511>

Resumen: Introducción: El presente artículo indaga acerca de la posibilidad de regular el contrato de maternidad subrogada desde una perspectiva de la relación laboral que puede existir entre la madre gestante y los padres adoptantes. De manera que se tiene como objetivo de investigación analizar la aplicación del fuero de maternidad en los contratos de maternidad subrogada, así como esbozar la existencia de una relación de carácter laboral. Investigación que se ejecutó mediante una Metodología correlacional, descriptiva y explicativa. Sobre las cuales los principales resultados obtenidos fueron, por una parte, la multiplicidad de relaciones laborales posibles en el contrato de maternidad subrogada y por otra parte el fuero de maternidad, que debe ser aplicado de manera total y parcial, dependiendo de la madre gestante o la madre adoptiva. Finalmente, las principales conclusiones permiten establecer que existen tres formas o modalidades de relación laboral de manera que al no encontrarse una regulación fuerte sobre la materia pueden presentarse vicisitudes en su aplicación futura.

Palabras clave: Estabilidad laboral, Fuero de maternidad, Madre gestante, Madre adoptiva, Maternidad subrogada.

Abstract: This article investigates the possibility of regulating the surrogacy contract from the perspective of the employment relationship that may exist between the surrogate mother and the adoptive parents. Thus, the research objective is to analyze the application of the maternity jurisdiction in surrogacy contracts, as well as to outline the existence of an employment relationship. Research that was carried out through a correlational, descriptive and explanatory research. On the one hand, the main results obtained were, on the one hand, the multiplicity of possible labor relations in the surrogacy contract and, on the other hand, the

maternity jurisdiction, must be applied in a total and partial way, according to the surrogate mother or the mother. adoptive. Finally, the main conclusions make it possible to establish that there are three forms or modalities of labor relations in such a way that by not encountering a strong regulation on the matter, they may present vicissitudes in their future application.

Keywords: Job stability, Maternity jurisdiction, Pregnant mother, Adoptive mother, Surrogate motherhood.

Resumo: This article investigates the possibility of regulating the surrogacy contract from the perspective of the employment relationship that may exist between the surrogate mother and the adoptive parents. Thus, the research objective is to analyze the application of the maternity jurisdiction in surrogacy contracts, as well as to outline the existence of an employment relationship. Research that was carried out through a correlational, descriptive and explanatory research. On the one hand, the main results obtained were, on the one hand, the multiplicity of possible labor relations in the surrogacy contract and, on the other hand, the maternity jurisdiction, must be applied in a total and partial way, according to the surrogate mother or the mother. adoptive. Finally, the main conclusions make it possible to establish that there are three forms or modalities of labor relations in such a way that by not encountering a strong regulation on the matter, they may present vicissitudes in their future application.

Palavras-chave: Estabilidade no emprego, jurisdição da maternidade, mãe grávida, mãe adotiva, maternidade substituta.

INTRODUCCIÓN

En el campo de la medicina moderna, los avances científicos en materia de infertilidad y deformaciones genéticas han presentado soluciones como la fecundación *in vitro* – en adelante FIV-, la inseminación artificial y la maternidad subrogada o también conocida como maternidad sustituida. Esta última, objeto de estudio, es entendida desde los postulados jurídicos como un contrato, el cual, en conformidad con los elementos propios de la relación contractual, está formada por dos partes. Por un lado, se encuentra la pareja contratante y por otro la mujer gestante. Esto introdujo al marco del derecho contemporáneo nuevos cambios en los paradigmas que enfrentan las parejas que, en su afán por conformar un núcleo familiar, recurren a otros medios para lograr este fin, ya posean o no problemáticas derivadas de patologías fisiológicas o genéticas. De aquí que la relación surgida entre las partes contratantes y la madre gestante en sí mismo implique un margen de necesidad, que se origina a su vez por cuestiones económicas y patrimoniales.

Frente a las dinámicas surgidas por un contrato de maternidad subrogada, el Estado colombiano se suma a la lista de países que no han regulado esta clase de contratos por vía jurídica, encontrando su incorporación a la vía del derecho, mediante decisiones jurisprudenciales de las Altas Cortes. Colombia no prohíbe su práctica, pero tampoco tiene medios legales por los cuales garantizar los derechos de las personas que suscribieron dichos contratos.

Sobre esto último recae el objeto de análisis de la presente investigación, que indaga acerca de la aplicación de este tipo de contrato el cual es eminentemente civil, pero puede llegar a tener matices de una posible relación laboral, al versar sobre éste una relación jurídica que cumpla con los lineamientos y elementos de un contrato de trabajo. De manera que al considerarse el contrato como laboral, surgen múltiples situaciones de estudio como lo es el del fuero de maternidad y quienes dentro de dicho escenario pueden llegar a adquirir dicha garantía.

Esto genera interrogantes de índole jurídico y académico que van dirigidas a orientar la regulación de la maternidad subrogada frente a patrones de garantía de estabilidad laboral y protección a la salud física. Por lo anterior, se plantea como forma de análisis de caso y frente al tema del fuero de maternidad como principal garantía constitucional de índole laboral a manera de síntesis la siguiente pregunta: ¿Puede el contrato de maternidad subrogada permitir la aplicación del fuero de estabilidad reforzada en los casos de maternidad subrogada?

El artículo hace hincapié y busca generar algunas aclaraciones conceptuales y doctrinales que versen sobre el plano de la garantía a la estabilidad laboral que tendrían las partes que suscriben un contrato de maternidad subrogada, así como los retos y dificultades que esta tiene para ser incorporada al marco del derecho colombiano, con énfasis en las relaciones laborales y contractuales. Para lo cual, se trazaron dos (2) objetivos específicos: el primero, busca establecer el modelo de contrato de maternidad subrogada en el Estado colombiano, su construcción tanto constitucional como jurisprudencial, estableciendo los elementos propios del contrato y de una posible relación laboral conexas a las problemáticas que surgen a razón de su nula regulación y el segundo, expone la síntesis del fuero de maternidad y como esta deriva directamente para ambas partes que suscriben el contrato, partiendo del análisis hermenéutico de los supuestos legales.

II. DESARROLLO DEL ARTÍCULO

I. ASPECTOS PRELIMINARES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA.

Con la promulgación de la Constitución de 1991, Colombia entra a formar parte de los Estados que adoptaron la corriente del neoconstitucionalismo, entre otros a ser miembro de los Estados garantistas (Estrada, 2014). Otorgando preponderancia hacia el amparo de los derechos fundamentales y colectivos. Esta última categoría de derechos reúne derechos como el del trabajo, la seguridad social y la familia.

La Constitución establece frente a la protección de la vida especial hincapié y relevancia al elevar el término de inviolable. De aquí que autores como Marín Vélez (2005), señalen que de este derecho se establezcan también los derechos sexuales y reproductivos, confiriendo una proclama hacia los seres humanos, de manera tal, que colateralmente estos tengan libertad total de decidir cuándo procrear y con ello dar lugar a una nueva vida, como de igual forma constituir un núcleo familiar. De aquí que en Colombia se pueda hablar de salvaguardar derechos como la vida y la libertad de la realización del ser humano, así como la libertad de escoger las actividades propias que se realicen con los órganos reproductivos, estableciéndose así la posibilidad jurídica y constitucional del contrato de maternidad subrogada.

Referente a lo anterior, el contrato de maternidad subrogada o alquiler de vientre, es entendido en primer lugar desde la perspectiva de la Corte Constitucional en la sentencia T-968 de 2009 como:

“el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.” (Corte Constitucional, Sentencia T-968, 2009).

La Corte Constitucional establece también que en los eventos en los cuales este contrato sea suscrito, la mujer que gesta el embarazo no aporta los óvulos a fecundar, toda vez que la madre acepta de manera voluntaria en el contrato llevar a cabo el embarazo, hasta el momento de realizarse el parto, comprometiéndose a entregar el hijo a las partes contratantes, las cuales a su vez asumen el pago de un determinado monto de dinero, pudiendo en el contrato establecer también los gastos ocasionados por el embarazo, el parto y la etapa de post-parto.

Por consiguiente, es dable indicar que en Colombia este contrato, es un acto jurídico mediante el cual una mujer -madre gestante- alquila su útero a la parte contratante, con el fin de gestar una nueva vida. Este acto jurídico posee en su contenido jurídico los elementos propios que lo clasifican como contrato, indicando que es bilateral, oneroso o altruista -en los casos que sea pactado de esta manera en el contrato- y aleatorio -no pudiéndose especificar el género del niño que va a nacer, fruto de este contrato-. De igual forma se establecen unas series de obligaciones, de dar -entregar el hijo- hacer o no hacer, indicándose aquí las prerrogativas sobre las cuales se pueden suscitar conflictos civiles por las partes suscritas al contrato y laborales por las relaciones de trabajo conexas con otras labores que realiza la madre que alquila su vientre y quienes lo arriendan (Guerra y López, 2016). Estableciéndose responsabilidades civiles, provenientes de incumplimientos contractuales y responsabilidades laborales, derivadas de los conflictos suscritos por cada una de las partes en sus respectivas labores.

Por otra parte, se encuentra en disyuntiva el precepto jurídico la filiación que otorga la calidad de madre a la mujer que hubiese sostenido la labor de alumbramiento, la Corte Constitucional en la sentencia T-488 de 1999, define tal precepto como el vínculo que se genera entre procreante y procreado, así como entre adoptante y adoptado.

Es sobre esto último que puede llegar a existir relación entre la adopción y la maternidad subrogada partiendo de la noción de filiación. El contrato de maternidad sustituta no debe confundirse con la adopción como figura jurídica, teniendo en cuenta que, a diferencia de la maternidad subrogada, en la adopción, el hijo concebido se cede o se entrega por cuestiones económicas o de aspectos meramente sociales (Acevedo, 2003) a una entidad que busca directamente tratar al menor, entiéndase para el caso colombiano el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, mientras que, en la maternidad subrogada, la gestación, el parto y el postparto se establecen por medio de un contrato y el ceder al hijo fruto de este procedimiento se encuentra preestablecido como la finalidad del mismo (Guerra y López, 2016). Esto se refuerza con el concepto que indica Acevedo (2003, p. 6) que establece que el contrato de maternidad expuesto desde los postulados del derecho de familia, es un acuerdo mediante el cual “Una mujer lleva en su vientre un niño hasta el momento de dar a luz, para posteriormente entregarlo a otra mujer considerada como madre social del recién nacido”, lo que

permite diferenciar la manera en que se logra una filiación, puesto que mientras que en el contrato de maternidad existe un negocio jurídico, en la adopción la filiación se adquiere mediante la acción de adoptar.

No obstante, en Colombia, todo lo anterior es doctrina aplicable al no encontrarse apropiadamente regulado este tipo de contrato, adquiriendo validez por medio de la jurisprudencia y de los actos legítimos de la sociedad. Encontrándose actualmente en una primera dificultad y reto, en el cual no se pueden consolidar jurídicamente hablando las controversias de tipo civil y laboral provenientes de los conflictos entre la parte contratante y la madre gestante que en su momento se encuentren laborando para un determinado empleador, el cual no desee darle especial protección argumentando, que el hijo el cual se encuentra gestando no le pertenece, por lo cual, las garantías en estos casos serían nulas para ambas madres, por una parte, para quien prestó su útero y por otra para la madre social, por lo cual, al no adquirir la calidad de gestante o adoptante^[6] el fuero de maternidad se encontraría a la deriva.

Elementos del contrato de maternidad subrogada

En Colombia, el negocio jurídico de la maternidad sustituta, no se encuentra taxativamente prohibido en las normas civiles, de familia o de derecho laboral, lo que genera que para esta clase de contratos se apliquen las mismas presunciones legales que para cualquier otro contrato, no obstante, a continuación, se hará relación directa al factor laboral y civil que pueda tener prevalencia.

Inicialmente, la Constitución consagra el principio de buena fe, también denominado por la doctrina como confianza legítima, al igual que el principio de la voluntad de la autonomía, en los contratos de maternidad se aplica la celebración, la ejecución – la etapa gestante- y el cumplimiento – la etapa de parto y entrega del niño- (Olano, 2011).

En la Constitución, la buena fe, partiendo desde la perspectiva de la relación contractual, deriva de la confianza que se depositó sobre la madre gestante, para el cumplimiento de la entrega del hijo, así como la madre solidaria en el cumplimiento económico que se ve a razón de una remuneración adecuada por el servicio prestado. Ahora, partiendo desde la perspectiva de los lazos laborales, es plausible indicar que todo derecho que la madre gestante deba devenir del empleador, sea considerado bajo este principio toda vez que, so pena de la finalidad que la etapa de la gestación pueda constituir, estos derechos de estabilidad laboral no pueden ser vulnerados argumentando la existencia de mala fe por parte de la madre, al no indicar que el hijo es fruto de un contrato exterior al pactado con un empleador exterior (Urrutikoetxea, 2016).

Sin que el pactarse vulnere derechos, que puedan resultar en conflictos de responsabilidad civil. De igual forma, la delicada situación jurídica que establece el alquiler de vientres, permite teorizar, la posibilidad jurídica, de transformar el contrato civil en un contrato realidad, según se establezcan dentro del contrato, ciertas actividades y prerrogativas que susciten la subordinación de la madre gestante, hacia la madre solidaria. En tal caso lo plausible para evitar los “enredos” jurídicos, es enmarcar las reglas que puedan establecerse en el negocio jurídico desde lo racional y equitativo, para no estar eventualmente frente a una nueva forma de ver el contrato de trabajo (Marín, 2002, pág. 40).

Así las cosas, la ausencia de un conjunto normativo que reglamente la práctica de este contrato, resulta en trabajo analógico y hermenéutico para el operador

jurisdiccional, el cual en últimas resultara por sentar jurisprudencia y de aquí que, se pueda generar algún tipo de certeza jurídica, de manera tal que quien resuelve estos conflictos son los tribunales, al no existir un límite entre la responsabilidad civil y la indemnización laboral, en tema de maternidad subrogada (Guerra y López, 2016, pág. 24). Esto último a su vez parte de comprender que en Colombia el vacío normativo que existe sobre este tipo de negocios jurídicos sólo ha perpetuado la vulneración de la dignidad humana de las personas que se ven inmersas en estos negocios, Ardila y Bustamante (2020). Por lo cual, aun cuando no existe este tipo de regulaciones, el comprender el contrato de maternidad desde una óptica laboral permitiría aumentar las garantías y sin necesidad de crear un cuerpo normativo, facultar a las personas acceder a esta vía para un adecuado negocio jurídico.

Objeto del contrato de maternidad subrogada

Este negocio jurídico establecido como contrato de alquiler de vientre o útero, y como se vio anteriormente, no se encuentra impedida su celebración en el Estado colombiano, respaldando este postulado bajo la teoría de la responsabilidad civil, en esta, al producirse un daño durante las etapas de gestación y parto, así mismo como incumplirse lo pactado en el contrato por alguna de las dos partes, posibilita y genera la oportunidad de accionar frente al operador judicial (Ospina y Ospina, 2005). Al igual que en el numeral anterior, se especifica, que dependiendo de lo pactado en el contrato y luego de haberse demostrado subordinación, el conflicto puede tornarse en cuestiones de indemnizaciones laborales.

Tal situación indemnizatoria puede abordarse dentro de un estrado judicial o directamente por vía de transacción y conciliación, es decir que al igual que sucede en un proceso laboral, en caso que los padres contratantes del vientre de alquiler por vía laboral fallen en el pago de prestaciones sociales y salarios, la madre gestante puede acudir a este medio judicial para hacer efectivos los pagos que señala el Código Sustantivo del Trabajo.

Comprender esta postura del contrato de alquiler desde una óptica laboral puede permitir que cualquier aspecto de esta índole se vincule como lo son las indemnizaciones, las sanciones y las faltas. Exceptuando en lo posible el despido en la medida que el contrato se vincula a su vez a una finalidad dada que es el alquiler del vientre y el posterior parto.

La Corte Constitucional referente al tema del objeto lícito del contrato, mediante la Sentencia T-968 de 2009, hace hincapié en los convenios y acuerdos, pero se aleja de esta postura rápidamente y lo transforma en contrato, al indicar que sobre este la maternidad subrogada genera obligaciones recíprocas, y que esté a la vez es un convenio o acuerdo de carácter consensual, bilateral y atípico, que depende del principio de voluntad de las partes para que se celebre. Frente a esto es dable considerar que estamos frente a un contrato que tiene legitimidad constitucional y judicial, toda vez que, bajo el estándar de la jurisprudencia anteriormente citada, se encuentra el respaldo jurídico de lo expuesto en la Constitución, donde se expone que son hijos, los adoptados los concebidos o “(...) procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes” (Const. Art. 42).

Tipicidad del contrato de maternidad subrogada

La ausencia de regulación, frente a esta herramienta eventualmente benéfica para todas aquellas parejas que por cuestiones de problemas genéticos no pudiesen concebir hijos, vislumbra la necesidad por establecer un cuerpo normativo, al igual que se especificó en numerales anteriores. Este negocio jurídico que al serle aplicable las reglas y teoría de los daños punitivos, así como de la indemnización laboral dadas las situaciones fácticas para que se presente, puede acarrear pagos a favor de una de las partes, no obstante, este puede ser insignificante, así como nulo, a razón de no encontrarse motivado jurídicamente el perjuicio (Zavala de Gonzalez, 2011).

Así las cosas, frente a la relación laboral, esto también puede ser aplicable a los empleadores, que aprovechándose de esta situación hostiguen y lesionen los derechos de la madre solidaria, la cual so pena de no encontrarse en etapa de gestación, sea despedida al no encontrar estabilidad reforzada. El legislador en su silencio, no ha expedido dicha regulación al no establecer conceptualmente que no es sobre el hijo que se hace un negocio jurídico, si no, bajo los estándares de entender el útero y el vientre de la mujer como una herramienta.

II. RELACIÓN LABORAL DERIVADA DE LA MATERNIDAD SUSTITUTA

La relación laboral, es entendida como el vínculo entre los sujetos del trabajo, en el cual uno se denomina trabajador y el otro empleador, estableciendo una relación de conexiones dadas como posiciones activas o pasivas (Obando, 2016). En la relación laboral precisamente convergen elementos que de no presentarse no se constituirá tal, en este precepto, dichos elementos son el de la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración.

Actividad personal

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, en su inciso b, establece que toda actividad que realiza el trabajador debe ser realizada por sí mismo, en este caso, la actividad por su naturaleza en la cual la herramienta de trabajo y por el medio del cual realiza el servicio, es su cuerpo, es un elemento de la relación laboral que se presupone, al ser la madre gestante quien realiza toda la actividad laboral.

La Sociedad Peruana de Derecho del Trabajador y la Seguridad Social (2012), indica que frente a este elemento laboral, la madre se compromete a alquilar su útero, toda vez que esta se encuentra en condiciones para ser ella la única que puede responder por dicho servicio, de igual forma y frente a otras relaciones laborales que pueda tener esta mujer, su condición no representa una negativa para no poder llevar a cabo otras actividades laborales, es por esta misma situación que al contrato de maternidad subrogada se le concede el carácter de *intuitu personae* (Pacheco, 2012, p. 15).

Subordinación de las actividades laborales

El Código Sustantivo del Trabajo del Estado colombiano o Decreto 2663 de 1950, respecto a este elemento establece que al empleador se le atribuye:

“(…) faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato (...)” (Decreto 2663, 1950).

Esto frente al contrato de alquiler de vientre tiene total dependencia de lo que sea pactado directamente en las cláusulas del contrato, cuestión que de presentarse, se estaría frente a un eventual contrato de trabajo, en tal modo

que de indicarse un horario de ejercicios, un horario de terapias, así como un lugar para llevarlas a cabo, un reglamento de dieta, vigilancia constante, entre otras prerrogativas que puedan pactarse, se estaría frente a una imposición de subordinación, cuestión distinta en la que se mantenga la OPS, da lugar a comprender que la subordinación no es constante o pactada, por el contrario la finalidad de la madre es únicamente de cuidar su útero, entregar la hijo y darle la dieta del post – parto.

Remuneración efectiva del servicio de alquiler de vientre.

Según el artículo 27 del Código Sustantivo del Trabajo “*todo trabajo debe ser remunerado*”. Tal pago debe ser realizado a quien prestó un servicio, esto en términos de salario, remuneración o garantía dineraria (OIT, Convenio 95). Cuestión que en el Estado colombiano tiene grandes variables, la primera de ellas, y en virtud que se configure un contrato de trabajo, la paga que se debe realizar a la madre gestante es en razón a todas las prestaciones sociales, así como un salario mensual y consigo unos honorarios a favor de la entrega del menor en función del contrato pactado y culminado. Así mismo, también se crearía la obligación de indemnizar a la madre gestante según existieran conflictos laborales, adecuados a una mala contraprestación del vientre alquilado (Alonso y Casa, 2013).

Una segunda variable y en la cual no se configuró el contrato realidad es la desproporción y los factores socioeconómicos de los cuales deriva el precio del alquiler del útero. Esto se debe a que uno de los factores que trasciende el alquiler de vientres es la necesidad económica de las madres gestantes. Martínez y Rodríguez (2021) expresan que este aspecto es uno de mayor incidencia al momento de ser usado por opositores que consideran que esto cosifica la capacidad reproductora de la mujer y lo elevan a un valor económico. Si bien lo anterior puede llegar a tener un margen de verdad en el trasegar argumentativo, la realidad es que el penalizar o prohibir una práctica solo perpetua que su práctica se eleve a la ilegalidad. Esto significa que el reglamentarlo y permitirlo no solo desde una óptica civil sino a su vez también laboral, puede ayudar a las madres gestantes de este tipo de negocios jurídicos a tener mayores garantías al momento de aceptar dichos contratos.

Esto se complementa a su vez en lo expuesto por Beetar (2018) que indica que la penalización no cumple un verdadero fin aun cuando el contrato de alquiler de vientres cumple con todos los requisitos para ser posible y aun cuando existen derechos tanto de menores como de la madre gestante en juego, el llevarlo al margen de lo prohibicionista niega toda forma de regulación frente a estas situaciones.

Los matices de la relación laboral.

Partiendo de criterios hermenéuticos y sosteniendo las dos variables que se han establecido a lo largo del artículo, donde, por un lado se establece la relación desde los postulados contractuales – civiles y por otro desde la función de los lazos laborales – contractuales. A continuación, se presentan tres (3) gráficas que ayudarán a comprender cómo podría aplicarse el fuero de maternidad en la contratación de maternidad subrogada (Ver figura 1).

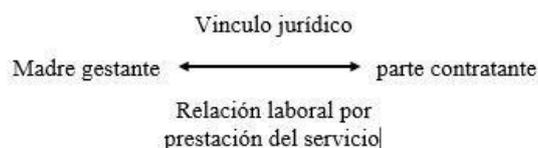


Figura 1
Relación laboral única
Realización propia

Es el vínculo jurídico, en el cual además de presentarse la relación contractual propia que establece el Código Civil Colombiano, se configura la relación laboral, partiendo de los elementos propios que la constituyen, aquí las garantías de estabilidad laboral, derivan directamente del vínculo contractual entre la madre gestante como prestadora del servicio y la parte contratante como empleador del servicio de alquiler de útero (Ver figura 2).

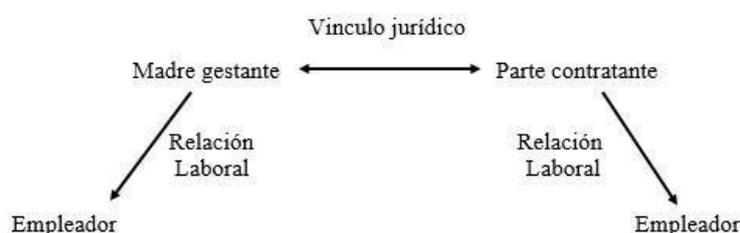


Figura 2
Relación laboral doble
Realización propia

Aquí el vínculo está constituido como una relación contractual y de vinculación eminentemente civil, la cual genera responsabilidad a partir de los incumplimientos. Por otra parte, la relación laboral de sujeción, resale a partir de los presupuestos de los empleadores de cada una de las partes, creando así la relación más común, sobre la cual la estabilidad laboral depende únicamente de cada uno de los empleadores para los cuales labora la madre gestante y la parte contratante (Ver figura 3).

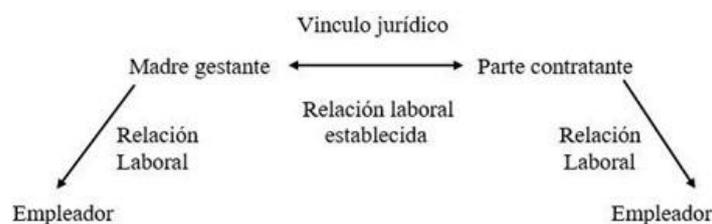


Figura 3
Relación laboral triple
Realización propia

La última y posiblemente la de mayor complejidad, en esta gráfica se vislumbra la relación de triple composición. Por un lado, se establece un vínculo contractual con relación laboral partiendo de los supuestos de la subordinación. Por otro lado, la relación laboral que cada una de las partes que suscribieron el contrato de maternidad subrogada puedan tener con sus respectivos empleadores. Ahora bien, partiendo de la nula reglamentación de este contrato, y de la estabilidad laboral reforzada que la madre gestante y la madre solidaria pueden obtener, surge

la siguiente pregunta ¿sobre quién debe recaer la carga del fuero de maternidad? y así mismo, cuál de las dos madres debe de disfrutar las licencias y derechos que establece el Código Sustantivo del Trabajo.

III. EL FUERO DE MATERNIDAD EN LA CONTRATACIÓN SUBROGADA, UN DILEMA JURÍDICO.

Son múltiples las definiciones que pueden generarse sobre el precepto jurídico de “*fuero de maternidad*” no obstante se acude a la norma que regula todo lo referente al derecho laboral. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que “(...) toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia (...) remunerada con el salario que devengue a disfrutar del descanso (...)” Decreto 2663, 1950).

Este derecho es derivativo de las normas constitucionales, las cuales establecen a la mujer en estado de embarazo y al hijo que se encuentra en su vientre como sujetos de protección y garantía por parte del Estado, así mismo también protege a las madres lactantes y adoptantes. Estableciendo consigo una real y efectiva constitución a la igualdad de género, así como a la vida, a la familia y a la estabilidad laboral. La Corte Constitucional frente a esto ha indicado que la mujer embarazada posee un especial cuidado constitucional y esto ocasiona una estabilidad laboral reforzada, a la que se le otorgó el denominativo de “*fuero de maternidad*” (Corte Constitucional, Sala Plena, T- 568, 1996).

En desarrollo de esta especial protección a la mujer en estado de gestación, existe la creciente tendencia por la discriminación hacia ellas, en la cual el despido no puede darse sin que el Inspector del Trabajo otorgue dicho permiso para el despido, cuestionamiento que debe sobre pesar bajo los estándares probatorios de la existencia de justa causa.

Ahora bien, partiendo de la materia de estudio la cual es el contrato de maternidad subrogada, es pertinente hacer las siguientes preguntas, que realiza Armando (2002) ¿pacto contractual o la maternidad? ¿Cuál de los dos debe prevalecer? Lamentablemente en Colombia, no es plausible establecerla directamente, esto en función de la inexistencia de una Ley que regule el tema de la maternidad subrogada, indicios que no dan certeza total, pero sin embargo permiten deducir unos aportes doctrinales sobre el tema.

Aplicación del fuero de maternidad según la relación laboral.

Con alteración al presente numeral, se indicaron tres formas de comprender los lazos laborales, no obstante, estos se resumen a la comprensión de si hay o no hay relación laboral en los contratos de maternidad subrogada. Por un lado, está el contrato laboral con los respectivos empleadores, el cual, si bien debe de aplicarse por una parte a la madre gestante y a la madre solidaria, este fuero también cobija a la pareja de cada una de estas trabajadoras, independientemente de la labor que estas realicen. Frente a esto la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia C-005 de 2017, decidió otorgarle este derecho y extenderlo para el eventual despido de las actuales parejas de cada una de las madres en etapa de gestación o en etapa de adopción.

Frente a otra situación en la cual a la madre solidaria -contratante del útero- por la falta de regulación legislativa, este fuero de maternidad no la cobije, esto debe ser argumentado bajo el precepto establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia hito T-968 de 2009, la cual establece que esta práctica científica se lleva a cabo con el ovario de la madre contratante, por lo cual el fuero de maternidad

eventualmente cobijará a ambas madres así como a las parejas que se encuentren en la doble relación laboral.

En una tercera situación en la que, el vínculo civil – contractual se hubiera roto y se trasmute a un vínculo eminentemente laboral, emanado de la subordinación, el pago de esta licencia recae en la madre contratante, así como en el empleador de la madre gestante, sea el caso que lo tenga como factor de una relación laboral previamente establecida .

Tabla 1. Operatividad del fuero de maternidad

Tabla 1	
Operatividad del fuero de maternidad	
Tipo de contrato	Hipótesis de fuero de maternidad en el contrato de maternidad subrogada.
Contrato de Trabajo	Quien debe responder por ella, es el empleador del actual trabajo, así mismo como la madre contratante.
OPS	Quien debe responder por la licencia de maternidad es el empleador del actual trabajo con quien tenga relación laboral, con la madre contratante al tener una relación civil esta no responde por ello.

Realización propia a partir del documento Fuero de maternidad en la tercerización e intermediación laboral. 2016

Aportes para la reglamentación del contrato de maternidad subrogada, en inclusión del fuero de maternidad.

Partiendo de las consideraciones de la legislación actual en materia de maternidad sustitutiva la cual es nula, exceptuando las decisiones jurisprudenciales que cobijan e intentan otorgarle seguridad jurídica a este tipo de contrato, es procedente que se regulen los siguientes aspectos para evitar conflictos de índole laboral (Hurtado y Lozano, 2013).

- Tanto la madre gestante como la madre solidaria o contratante deben estar en su momento cotizando al SGSSS, para que mediante esto se les sea salvaguardado sus derechos como madres.
- Tanto la madre gestante como la contratante deben de cotizar durante el tiempo que dure la gestación del hijo.
- Frente al fuero de maternidad y los derechos totales que esta pueda generar, se deberán otorgar de la siguiente forma:
 - la madre gestante la incapacidad en ocasión al parto.
 - a la madre contratante, el derecho al pago de su licencia de maternidad, así como el derecho de ser reconocida como madre luego de la entrega del menor.
 - Frente a los derechos del permiso de lactancia derivados del fuero de maternidad, los siguientes:
 - para la madre gestante luego de cedido el hijo, esta debe asimilarse al fuero que se le otorgue a la pareja de la parte o como madre adoptante

- y concederle los permisos para alimentación al bebe, a la madre solidaria o contratante, así esta no lo lacte directamente, es responsabilidad de la madre subrogada generarle alimento al menor, en función del contrato suscrito.

Por último y partiendo de la relación laboral de segunda categoría expuesta numerales atrás, es concebible que el fuero de maternidad se les otorgue a ambas madres, sin que eso represente desequilibrios económicos a los empleadores.

IV. METODOLOGÍA

La estructura desarrollada en este artículo se lleva a cabo de forma deductiva, partiendo de la doctrina, para abarcar específicamente cómo puede relacionarse el fuero de maternidad a estos contratos de reproducción humana asistida, para lo cual la información se clasificó en ejes temáticos para su desarrollo.

Es pertinente informar que la investigación es de tipo correlacional, descriptivo y explicativo, en tanto busca relacionar dos temas que tienen a su vez distintas formas de concebir el derecho; por un lado, se hace mención al contrato desde sus posturas civiles y por otro se hace conexión a los lazos laborales, los cuales hacen función de precepto jurídico para garantizar derechos propios de una madre gestante o adoptiva. Por último, se exponen y describen situaciones fácticas derivadas de las atribuciones jurídicas de la jurisprudencia y normas nacionales de rango legal.

IV. CONCLUSIONES

Como resultado de la investigación realizada y partiendo de análisis interpretativos de la norma, la jurisprudencia y la doctrina literaria, se obtuvieron las siguientes conclusiones:

- Son notorios los vacíos que existen, por la falta de regulación normativa sobre la maternidad subrogada, siendo este un contrato de múltiples matices, por un lado, el civil con la responsabilidad que acarrea el incumplimiento contractual, por otro el del derecho de familia y las nuevas composiciones y vínculos filiales y finalmente el laboral, sobre el que pueden entenderse tres (3) formas distintas de comprender las relaciones laborales propiamente dichas.

- Las relaciones tanto civiles como laborales, que oscilan sobre este negocio jurídico son eventualmente débiles, y estas carecen de garantías que posibiliten una eventual solución a conflictos que puedan formularse.

- Las tres clases de relación laboral, surgidas pueden tenerse en cuenta a su vez con la conformación de la subordinación laboral y por consiguiente en la configuración de un contrato realidad, que, si bien este pueda ser establecido a partir de un contrato civil, la seguridad por hacer efectivo los derechos que de este puedan devenir son nulos, so pena que el operador jurisdiccional mediante la hermenéutica jurídica resguarde los derechos y garantías de las partes que suscribieron el contrato.

- La función del fuero de maternidad, este representa una verdadera garantía que nunca antes según la doctrina se ha tomado a consideración, toda vez que las prerrogativas jurídicas solo lo observaban desde un plano exegético a las normas, lo cual, frente al contrato de maternidad subrogado, se presentan múltiples formas de observar y aplicar el fuero de maternidad.

- El fuero de maternidad, debe ser aplicado de manera total y parcial, dependiendo cual sea la madre sobre la cual se desea hacer efectivo este derecho de estabilidad laboral reforzado.

Si bien, fruto de la investigación se pudo observar cierta forma de aplicar las normas, esto no supera el plano de la teorización jurídica, y queda al tanto de las futuras reformas jurídicas sobre el tema.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acevedo Feliciano, Y. (2003). *Nuevas controversias en el derecho de familia que surgen por las tecnologías*. Puerto Rico: Rama judicial.
- Alarcón Rojas, F. (2002). *La maternidad por sustitución*. Bogotá: Externado.
- Alonso Olea, M. Casas Baamonde, M. (2009) *Derecho del Trabajo*. Editorial Civitas. España.
- Ardila Arciniegas, M. C. y Bustamante Rúa, S. (2020) *Panorama general sobre la maternidad subrogada y análisis de la propuesta de penalizarla*. monografía de grado. Universidad EAFIT. Medellín.
- Beetar Bechara, B. (2019). La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente. *Revista Socio-Jurídicos*, 21(2), 135-166. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6869>
- Corte Constitucional colombiana, sentencia T- 488, 1999. [M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez]
- Corte Constitucional colombiana, sentencia T- 968, 2009 [M.P. María Victoria Calle Correa]
- Corte Constitucional colombiana, sentencia T- 569, 1996 [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz]
- Corte Constitucional colombiana, sentencia T- 373, 1998 [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz]
- Corte Constitucional colombiana, sentencia C- 005, 2007 [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]
- Decreto 2663 de 1950 Por el cual es “adoptado por el Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950 “Sobre Código Sustantivo del Trabajo”, publicado en el Diario Oficial No 27.407 del 9 de septiembre de 1950, en virtud del Estado de Sitio promulgado por el Decreto Extraordinario No 3518 de 1949.”
- Estrada Vélez, S. (2014). *El neoconstitucionalismo principialisitico a la asamblea nacional constituyente*. Bogotá: Derechos y valores.
- Gómez Sánchez, Y. (2004). *El derecho a la reproducción humana: fundamento*. Sevilla: Dialnet.
- Guerra, Y., & López Silva, J. (2016). *El contrato de maternidad subrogado y los dilemas del inicio de la vida*. Bogotá: Ciencia y derecho.
- Hurtado Portocarrero, M., & Lozano Asitizabal, M. (2013). *De la licencia de maternidad y otros derechos de la seguridad social en salud en la maternidad subrogada*. Cali: Universidad de San Buenaventura.
- Marín Vélez, G. (2005). *El arredamiento de vientre en Colombia*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Martínez-Muñoz, K. X. y Rodríguez-Yong, C. A. (2021). La maternidad subrogada: tendencias de regulación en Latinoamérica. *Revista Jurídicas*, 18(1), 74-90. <https://doi.org/10.17151/jurid.2021.18.1.5>
- Obando Garrido, J. (2016). *Derecho laboral*. Bogotá: Temis.
- Ospina Fernández, G., & Ospina Acosta, E. (2005). *Teoría general del contrario y del negocio jurídico*. Bogotá: Temis.

- Organización Internacional del Trabajo (1949) Convenio Sobre la Protección del Salario, No. 95.
- Pacheco- Zerga, L. (2012) *Los elementos esenciales del contrato de trabajo*. Revista de Derecho, 13, 29 – 54. Lima – Perú.
- Rojas, A. (2002). *Fuero de maternidad garantía a la estabilidad laboral*. Bogotá: Colegio de Abogados Especializados en Derecho del Trabajo.
- Ulloa Beltrán, M. (2017). En Colombia se alquilan vientres desde \$ 5 millones. *EL tiempo*.
- Urrutikoetxea Barrutia, M. (2016). *Acoso laboral y lesión de derechos fundamentales*. Bogotá: Bomarzo.
- Zavala de Gonzalez, M. (2011) *Tratado de daños a las personas. Daños a la Dignidad 2*. Editorial Astrea.

Notas

- [6] Entiéndase que la vinculación de la figura jurídica de la adopción se realiza a manera ilustrativa y aclaratoria, es decir que es necesario vincularla a la narrativa del escrito como forma de entender que la filiación se realiza por diversos medios y que en materia de fuero de maternidad tanto la gestante como la adoptiva –y como se verá adelante la contratante del vientre de alquiler- pueden adquirir dicho derecho a manera analógica.