

## **LOS NUEVOS RETOS DE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD ANTE LOS AVANCES MÉDICOS EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

ALEJANDRA SELMA PENALVA

Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

### **I. CONSIDERACIONES INICIALES: LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y NUEVAS FORMAS DE RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN**

De todos es sabido que en el siglo XXI, los avances de la ciencia permiten lograr embarazos en un gran número de situaciones. En concreto, la reproducción asistida o fecundación artificial es en principio, la técnica de tratamiento de la esterilidad que conlleva una manipulación de los gametos<sup>1</sup>. Ahora bien, aunque sea la finalidad primordial de este tipo de avances combatir la infertilidad, en la práctica no es la única de sus funciones.

Las técnicas de reproducción asistida también pueden ser utilizadas para lograr la gestación de niño por parejas del mismo sexo o por un único sujeto gracias a material genético proveniente de un donante<sup>2</sup>, facilitando así la constitución de familias monoparentales<sup>3</sup>.

Pero las técnicas de fecundación artificial más avanzadas no sólo plantean problemas relativos al reconocimiento de la filiación, sino que inciden sobre muchos y

---

<sup>1</sup> Acerca de las implicaciones entre el derecho a procrear y el derecho al libre desarrollo de la personalidad véase SERNA MEROÑO, E., "Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica", *Revista de Derecho Privado y Constitución*, nº.26, diciembre 2012.

<sup>2</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A. M., "La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida", *Revista de Derecho Privado y Constitución*, nº. 21, 2007, pág. 75 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. estos efectos, el art. 133 septies LGSS.

variados derechos del sujeto, directa o indirectamente vinculados con el reconocimiento de la filiación<sup>4</sup>.

Por lo que respecta al ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, por ejemplo, quedan todavía algunas cuestiones pendientes vinculadas a las técnicas de reproducción asistida, que por el momento no cuentan con una respuesta expresa en el texto de una norma jurídica. En concreto, por los importantes problemas que suscita, debe prestarse especial atención a la reproducción lograda como consecuencia de la llamada “maternidad por sustitución” (o, de forma más coloquial, utilización de “vientres de alquiler”)<sup>5</sup>, que consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos<sup>6</sup>.

Este contrato de maternidad subrogada, por su naturaleza jurídica, puede calificarse como un contrato civil de arrendamiento de obra, que implica necesariamente la utilización de la fecundación *in vitro*, y en el que intervienen siempre, como mínimo, tres partes: por un lado, la persona o personas comitentes (que pueden aportar o no el material genético); por el otro, la mujer que dispone de su

---

<sup>4</sup> GRISOLIA GONZÁLEZ, O., “Reproducción asistida y filiación”, *Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI*, Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, 2004. Cfr. también apartado IV de la Exposición de motivos de la Ley 35/1988 por la que se aprobaba en nuestro ordenamiento jurídico la primera Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (precedente de la actual Ley 14/2006). Véase AAVV, “*Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovaní*”, (Coord. I. Benítez, L. Morillas, J. Peris), Dykinson, Madrid, 2005, pág. 3.

<sup>5</sup> CASAL, P., “Embarazos por encargo, la polémica de los vientres de alquiler”, *Mètode: Revista de difusió de la Investigació*, nº. 71, 2011, <http://www.metode.cat/es/revista/53-la-cara-del-dolor>.

<sup>6</sup> Definición que utiliza la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), de 23 noviembre de 2011 (n.º de Sentencia, 826/2011). También de este concepto y de su naturaleza jurídica se ocupa, recientemente, DÍAZ ROMERO, M.R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, nº 7527, Sección Doctrina, 2010, p.1. En similares términos, FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A.S., califica la maternidad subrogada como una técnica “que se realiza a través de un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o no, que pueden aportar o no sus gametos”, en “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº.6/2011, pág. 1 del soporte informático.

útero para llevar a cabo la gestación; y, en tercer lugar, el equipo médico encargado de efectuar la implantación del embrión en la portadora<sup>7</sup>. Podría incluso entrar en juego una cuarta parte contractual, en el caso de que fuese una persona (distinta a los comitentes y a la mujer que presta su útero para la gestación) la que aportara los gametos necesarios para completar con éxito el proceso.

Por lo que respecta a los derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social, en los casos en los que una mujer, haya recurrido o no a la fecundación artificial, decide enfrentarse a la maternidad en solitario, no existe ninguna duda respecto a la procedencia del derecho a la suspensión del contrato por maternidad ni tampoco sobre el disfrute de la correspondiente prestación por maternidad. Por el contrario, es mucho más compleja la determinación de los derechos que corresponden a un varón que, también en solitario, decide formar una familia. Y es que en estos casos, el legislador laboral contempla únicamente los efectos jurídicos de la adopción por un único sujeto, pero omite cualquier referencia a la paternidad en solitario lograda gracias a los avances de las técnicas de reproducción asistida. Debe advertirse que esta omisión legal no es arbitraria, sino que necesariamente obedece a la prohibición legal establecida en España de realizar el contrato comúnmente conocido como de “vientre de alquiler” o “maternidad por subrogación”, y es que ésta es por el momento la única fórmula posible (salvo hipotéticos supuestos de renuncia de la madre) de que un varón, por sí sólo, acceda a la paternidad biológica.

Precisamente sobre esta cuestión cabe recordar que el artículo 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida *declara nulo* “el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna, a favor del contratante o de un tercero”<sup>8</sup>; y establece además que la filiación viene siempre “determinada por el parto”, y sólo deja

---

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S., “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº.6/2011, pág. 1 del soporte informático.

<sup>8</sup> Pese a esta prohibición legal, resulta muy curioso que, entre las competencias profesionales de las matronas, enumeradas en el programa formativo de la especialidad de Enfermería Obstétrico-Ginecológica (Matrona), aprobado por Orden SAS/1349/2009, de 6 de mayo, se encuentre expresamente referenciado el punto relativo a “Reproducción asistida. Inseminación artificial. Fecundación «in vitro» y transferencia de embriones. Maternidad subrogada. Manipulación genética. Donación de células madre. Legislación vigente”.

a salvo la posible “acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico”<sup>9</sup>.

Pero al margen de esta prohibición legal expresa no se puede negar que la figura de la “gestación por sustitución” también se encuentra en una clara posición de contradicción respecto a principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico tales como el que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción, requeridos por el necesario respeto a la dignidad de la persona y su integridad moral (arts.10.1 y 15 CE). Y no sólo eso, el art. 1.271 del Código Civil prescribe que pueden ser objeto de contrato todas las cosas “que no están fuera del comercio de los hombres”, exigencia que completa el art. 1.275 del mismo cuerpo legal, que impide la producción de efectos a los contratos con causa ilícita, preceptos que impiden tajantemente que la vida humana sea objeto de contrato<sup>10</sup>.

## II. SOLUCIONES DE COMPROMISO EN DERECHO INTERNACIONAL

Queda claro que nuestro ordenamiento jurídico ha optado por no admitir la utilización de esta técnica de reproducción asistida conocida como “vientre de alquiler”, y atribuir a su utilización sanciones administrativas y penales<sup>11</sup>, aunque no es ésta la respuesta por la que se han decantado otros países.

---

<sup>9</sup> Según dispone la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), núm. 826/2011, de 23 noviembre de 2011, incluso puede considerarse al artículo 10 de la ley 14/2006 como una norma de policía, en el sentido del artículo 9.1 del Reglamento comunitario 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, esto es, “una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, basta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación”.

<sup>10</sup> Requisitos formales que precisa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), núm. 826/2011 de 23 noviembre de 2011.

<sup>11</sup> Adviértase que el art 26.c.2 de la Ley 14/2006 califica como infracción muy grave “la práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental en los términos previstos en el artículo 2”, en cuya amplia redacción literal quedaría comprendida la utilización en España de vientres de alquiler. Cabe resaltar que en este caso el responsable será el autor de dichas prácticas (art. 25 Ley 14/2006), al que le corresponde una sanción administrativa, de naturaleza económica, al margen de las responsabilidades penales que tal conducta pudiera generar (art. 24). Por su parte, conviene tener presente que Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa desde 10.001 euros hasta un millón de euros (art. 27.1 Ley 14/2006). En concreto, acerca de la responsabilidad penal a que pudiera dar lugar este tipo de prácticas, y habida

Otros sistemas jurídicos legitiman este tipo de prácticas a través de las que se puede lograr una gestación, bien cuando una mujer tiene problemas a la hora de llevar a su fin un embarazo, bien cuando es un progenitor del sexo masculino en solitario el que quiere recurrir a la procreación biológica. Y es que, atendiendo al antes referido art. 108 del Código Civil se puede afirmar que, en ciertos casos, la maternidad subrogada puede dar lugar a supuestos *sui géneris* de filiación natural no matrimonial en virtud de la cual se generan familias monoparentales.

En concreto, el acceso a la maternidad a través de un vientre de alquiler es legal en algunos Estados de Estados Unidos<sup>12</sup>, Rusia y Ucrania, y aunque con muchas restricciones, también se permite en el Reino Unido<sup>13</sup>. Otros países como India, Canadá o Israel, exigiendo distintos requisitos, también reconocen efectos a esta figura contractual en lo que a la determinación de la filiación se refiere<sup>14</sup>.

Este tipo de filiación constituye un supuesto no regulado en nuestro ordenamiento jurídico a efectos de contemplar el acceso de los interesados a las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social que el nacimiento de un hijo puede generar; y no lo está precisamente porque la ley española prohíbe la maternidad por subrogación y declara la nulidad del contrato concertado con este objeto. Así pues, estrictamente, un acto nulo de pleno derecho (como sería este caso) no podría surtir efectos de acuerdo con el art. 1305 del Código Civil.

---

cuenta de que la filiación natural se determina en España en todo momento a través del parto (art. 10 Ley 14/2006), debe tenerse presente que los arts. 220 y 221 del Código Penal vigente tipifican como delito ciertas conductas vinculadas a “la suposición de parto y de la alternación da paternidad, estado o condición del menor”, en las que se incurriría si se pretende utilizar en España la maternidad subrogada.

<sup>12</sup> Al respecto, acerca de los requisitos legales exigidos en el Estado de California, véase FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *In Dret, Revista para el análisis del Derecho*, 2010, págs. 11 y ss.

<sup>13</sup> En concreto, tal y como pone de manifiesto BAUTISTA, J., “la maternidad subrogada no es legal en todos los Estados, estando prohibida en los de Washington, Michigan, Utah, Arizona, Nuevo México y Nueva York”. A su vez, “en Los Estados en los que es legal, las leyes son distintas, existiendo Estados con leyes más laxas o permisivas que otros”, en “Maternidad subrogada”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº. 815/2011 (Tribuna), pág. 1 del soporte informático.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S., “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº.6/2011, pág. 3 del soporte informático.

El problema se plantea si tenemos en cuenta que la maternidad por subrogación queda plenamente reconocida según las leyes del país en el que ha tenido lugar, y por tanto, posibilita las preceptivas inscripciones registrales que acreditan la filiación respecto no ya de la mujer que da a luz, sino de los sujetos que han tomado parte en este especial contrato, y que incluso, puede derivar en la acreditación de la monoparentalidad de la filiación, reconociendo la condición de progenitor único a un sujeto.

Y es precisamente en este punto donde se plantean los problemas en Derecho español. Es decir, puede darse el caso de que dicha certificación de nacimiento expedida en un país extranjero (en los casos en los que su autenticidad sea debidamente acreditada cumpliendo las exigencias previstas por la legislación española)<sup>15</sup> se presente a inscripción en los registros nacionales, logrando así por vía indirecta y gracias al reconocimiento de efectos jurídicos a documentos públicos no nacionales, la convalidación de los efectos jurídicos de este tipo de filiación también en el ordenamiento español<sup>16</sup>.

### III. EL FIN PROTECTOR DEL NACIDO DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR MATERNIDAD (Y DEL RECONOCIMIENTO PARALELO DE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD)

La maternidad por subrogación genera entonces una situación muy especial de filiación que no contempla expresamente ni el art. 48 del ET, ni el art. 133 bis LGSS, ni tampoco el RD 295/2009 por el que se regulan en nuestro ordenamiento jurídico las

---

<sup>15</sup> Así por ejemplo, véase la Sentencia del Juzgado de lo Social nº. 25 de Barcelona, de 14 de mayo de 2011 (nº. Sentencia 218/2011). En términos muy similares, pero reconociendo en este caso la prestación de maternidad a una trabajadora del sexo femenino que recurrió a un vientre de alquiler, véase la interesante Sentencia del Juzgado de lo Social nº. 2 de Oviedo, de 9 de abril de 2012 (AS 2012/924), comentada por HIERRO HIERRO, J., "Gestación por sustitución y prestación de maternidad", *Aranzadi Social*, nº. 6/2012, BIB 2012/2899.

<sup>16</sup> De todos es sabido que el art. 113 del Código Civil concreta que "la filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil. No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria".

prestaciones económicas por maternidad y paternidad, dado que ninguno de ellos hace referencia alguna, directa o indirecta a la maternidad por subrogación.

Dado que gracias al vientre de alquiler un único varón puede aparecer como único progenitor reconocido de un hijo (una vez reconocida registralmente dicha filiación), se plantea una situación *sui generis* respecto al disfrute de los respectivos permisos laborales por maternidad, paternidad y el disfrute, en su caso, de las respectivas prestaciones que puedan corresponder a un sujeto a cargo de la Seguridad Social.

Si el único progenitor conocido es una mujer (tanto si ha gestado por sí misma como si ha recurrido a la maternidad por subrogación) no existen dudas respecto al beneficiario de los correspondientes permisos y prestaciones por maternidad –. El problema se plantea en cambio cuando se trata de un varón el que ha recurrido a este tipo de contrato. Técnicamente, en este último caso, la maternidad por subrogación implica que tanto la madre biológica como la madre gestante (dado que ambas condiciones no son necesariamente coincidentes) renuncian a su patria potestad, quedando el menor entonces bajo la tutela exclusiva del progenitor varón.

Cabe resaltar que se trata éste de un supuesto muy poco frecuente en la práctica, habida cuenta de que daría lugar a una situación de paternidad biológica (y no por adopción) en el que la identidad de la madre resulta desconocida –incluso para el propio padre<sup>17</sup>. Y es que nuestra tradición jurídica parte del adagio romano de “*mater semper certa est*”, lo que sin duda se refleja en la configuración actual de los permisos por maternidad y paternidad<sup>18</sup>.

Son diversas las situaciones en los que la normativa laboral española establece soluciones especiales para los casos en los que, atendiendo a las circunstancias concretas que concurren en el caso, la necesidad de protección del menor es mayor,

---

<sup>17</sup> Así lo aprecia la Sentencia del Juzgado de lo Social nº. 25 de Barcelona, de 14 de mayo de 2011 (nº. Sentencia 218/2011), estimando que en un caso de “maternidad subrogada” desarrollada en el extranjero, no existe ningún vínculo jurídico entre la madre gestante los menores.

<sup>18</sup> Y es que, tal como indica FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A.S., “este aforismo jurídico del derecho romano clásico, que no admitía prueba en contrario (porque hasta hace poco más de 30 años se desconocían las técnicas de reproducción médicamente asistida), es evidente que en la actualidad presenta un panorama diferente en cuanto a presunción”, en “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº.6/2011, pág. 1 del soporte informático.



aunque ninguna de ellas –por lo excepcional de la situación- hace referencia a supuestos de desconocimiento de la identidad de la madre. Se genera entonces una situación atípica, dado que:

-No se trata de un supuesto de adopción por un único sujeto, en cuyo caso no existirían dudas respecto a que el permiso por maternidad recae sobre el adoptante en cuestión, “cualquiera que sea su sexo” (art. 3.1 RD 295/2009).

-Tampoco se trata de un caso de fallecimiento de la madre, en el que el progenitor superviviente puede acumular íntegramente los permisos de paternidad y maternidad, dado que la madre únicamente ha renunciado a su patria potestad, pero no ha fallecido (art. 3.3 RD 295/2009).

-Debe recordarse que en ciertas ocasiones, la legislación laboral permite al varón disfrutar de la prestación por maternidad en los casos en los que la madre desempeñe actividad productiva pero según los requisitos legalmente establecidos, no genere derecho a prestaciones por maternidad, bien por no estar reconocida la cobertura ante esta contingencia en su régimen de Seguridad Social, bien porque, aunque estándolo, no cumple la trabajadora en cuestión los derechos exigidos en las normas para solicitar su disfrute (art. 3.4 RD 295/2009).

Como se puede apreciar, los tres supuestos citados hacen referencia a situaciones de hecho muy diferentes a la generada debido a la utilización de “vientres de alquiler”, por lo que utilizar cualquiera de ellas como punto de referencia para resolver los problemas prácticos derivados de esta forma peculiar de filiación monoparental, suscita sin duda problemas interpretativos.

#### IV. CONCLUSIONES: LA ANALOGÍA COMO RESPUESTA

En resumen, resulta difícil encajar esta forma poco frecuente de constitución de una familia, en figuras jurídicas clásicas. En concreto, por lo que respecta al ámbito laboral, esta situación plantea especiales controversias respecto al reconocimiento del derecho a la suspensión del contrato de trabajo y de acceso a las prestaciones de Seguridad Social que permite la legislación laboral en casos de maternidad biológica o adopción (art. 48.4 ET y art. 133 bis LGSS).

Por lo que respecta al acceso a la prestación por maternidad, como es sabido, los arts. 133 bis y 133 ter LGSS exigen que el beneficiario reúna simultáneamente tres



requisitos: 1º. Encontrarse en alta o situación asimilada al alta; 2º. Haber acaecido una de las situaciones protegidas: maternidad, adopción o acogimiento; y 3º. Reunir el periodo de carencia (salvo para menores de 21 años) exigido en cada caso, de diferente duración dependiendo de la edad de la madre.

El problema se plantea porque la redacción literal de estos preceptos utiliza el término “maternidad” sin acompañarlo de adjetivo calificativo alguno, con lo que parece intuirse el deseo del legislador de ofrecer el mismo tratamiento jurídico a los supuestos de maternidad biológica, que a aquellos en los que la maternidad se ha producido gracias al recurso a una técnica de fecundación artificial, como podría ser la maternidad subrogada -eso sí, siempre que en esos casos, la inscripción registral del nacido efectuada en el extranjero, se encuentre plenamente convalidada en España-.

Así pues, ante esta laguna legal no queda otra solución que aplicar la analogía. De tal forma nuestros jueces y tribunales consideran que en estas ocasiones, la maternidad por subrogación ha de entenderse como un supuesto más de “maternidad”, tanto si es contratada por una pareja heterosexual, homosexual, o por un sujeto en solitario, independientemente de su género.

En concreto, la maternidad subrogada contratada por un único varón genera en la práctica un supuesto muy similar al que desencadenaría, a efectos de necesidad de atención y cuidado del menor, la adopción de un hijo por un único adoptante en solitario<sup>19</sup>. En estos casos la legislación laboral expresamente establece que este sujeto que adopta en solitario puede, independientemente de su sexo, disfrutar de la suspensión y en su caso, prestación por maternidad que nuestro ordenamiento jurídico reconoce. Esto es, nuestros jueces están admitiendo que la misma necesidad inicial de cuidado y atención que exige un hijo durante los primeros meses de vida se va a producir tanto si dicha filiación se genera por adopción, como si se recurre a la convalidación internacional de la inscripción registral de la filiación producida por medio de la maternidad subrogada.

Y es que no se puede olvidar que el cuidado del menor en cuestión va a recaer igualmente sobre un único sujeto, independientemente de la causa que haya provocado dicha monoparentalidad: bien la adopción en solitario, bien la renuncia de la

---

<sup>19</sup> “(...) cuando menos, debería equipararse el supuesto al de la adopción, en el que tampoco ha existido parto pero que sí aparece reconocida en el mencionado artículo como situación generadora de la prestación aquí reclamada”, STSJ de Valladolid, Sala de lo Social, de 5 de mayo de 2010, nº recurso 539/2010.

patria potestad por parte de la madre biológica (como desencadena el recurso a los llamados “vientres de alquiler”). Puede afirmarse que la prestación por maternidad, inicialmente concebida “con la doble finalidad de, por un lado, atender a la salud de la mujer trabajadora en la fase de embarazo, parto y puerperio y, de otra, atender los primeros cuidados del recién nacido, en los últimos tiempos ha tornado, en términos generales, primando la segunda sobre la primera”<sup>20</sup>. Así, aunque la prestación económica por maternidad sin duda desempeña una función sustitutiva de las rentas que los padres dejan de percibir durante el período de disfrute del permiso correspondiente y, en caso de maternidad biológica, facilitar durante las primeras seis semanas el restablecimiento pleno de la salud de la madre tras el parto, también “pretende otros fines más complejos, como la conciliación de la vida laboral y familiar, la no discriminación de la mujer en el trabajo y, de forma especial, la protección del menor”<sup>21</sup>.

En este tipo de ocasiones, aunque la madre renuncie a la patria potestad y con ella, a cualquier deber de atención y cuidado sobre su hijo, jueces y tribunales están optando por aplicar la analogía respecto a los derechos derivados de la adopción por un único sujeto, y no respecto, -aunque en ambos casos se está generando un tipo *sui generis* de familia monoparental- a la situación especialmente protectora que prevé el legislador en caso de fallecimiento de la madre (art. 3.3 del RD 295/2009), en la que se permite al otro progenitor, acumular simultáneamente la prestación por maternidad y paternidad (sin tener en cuenta el periodo de tiempo consumido por la madre antes de fallecer). La explicación a esta respuesta no puede más que encontrarse en la siguiente afirmación: el sujeto que contrata un vientre de alquiler con el objetivo de enfrentarse a la maternidad en solitario, está asumiendo voluntariamente tal situación, cosa que no ocurre en caso de fallecimiento, por lo que el legislador opta por atribuirle un trato cualificado.

Las últimas sentencias dictadas al respecto sostienen que el hecho de que no haya habido parto no es causa suficiente para denegar la prestación de maternidad

---

<sup>20</sup> Como pone de manifiesto HIERRO HIERRO, J., el reconocimiento de la prestación por maternidad en aquellos supuestos en los que no ha habido alumbramiento o parto, esto es, en los casos de adopción y acogimiento, en sus múltiples formas (...)” en “Gestación por sustitución y prestación de maternidad”, *Aranzadi Social*, nº. 6/2012, BIB 2012/2899, pág. 2 del soporte informático.

<sup>21</sup> GÓMEZ GORDILLO, R., “Convivencia previa y derecho de los progenitores a la prestación de maternidad por adopción”, *Aranzadi Social*, nº. 21/2011, BIB 2010\3183, pág. 3 del soporte informático.

reclamada, teniendo en cuenta que tanto la Ley 39/1999 de Conciliación de la Vida laboral y familiar, como la LO 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres y la Convención sobre Derechos del Niño mantienen una noción amplia de la maternidad, “que centra su atención en el cuidado del menor y en los aspectos afectivos y familiares, alejándose de la dimensión propiamente física”<sup>22</sup>.

Se trata pues de una solución de compromiso que pretende únicamente adoptar un criterio respetuoso con los intereses del menor de edad, que deben ser en todo momento objeto de atención preferente, y que, en el caso de desconocimiento de los efectos jurídicos de esta forma particular de procreación, los hijos nacidos sin duda quedarían desprotegidos.

En estos casos no bastaría con reconocer al progenitor varón el permiso y prestación por paternidad (de notoriamente escasa menor duración que la suspensión del contrato por maternidad) puesto que la posibilidad de atención del hijo que este permiso posibilita por su escasa duración (actualmente tan sólo de 13 días, y en el futuro, tal y como se ha anunciado, de un mes) resulta claramente insuficiente comparado con la prestación por maternidad (en principio de 16 semanas, ampliables en 2 semanas más por cada nacido en caso de partos múltiples) cuando el sujeto en cuestión ha de atender a un hijo en solitario.

Así pues, ya se están dictando las primeras sentencias que optan por proteger al máximo el interés de la familia, y por ese motivo, se decantan por facilitar la atención de las necesidades de los hijos nacidos flexibilizando las posibles situaciones de disfrute de la prestación por maternidad, más allá de los supuestos inicialmente contemplados en el texto de la ley, lo que permitiría el acceso por parte del progenitor varón que ha tomado parte en un episodio de maternidad subrogada, a las citadas prestaciones.

En definitiva, con esta “solución de compromiso” en realidad se está aplicando la misma respuesta ante aquellas situaciones en las que se desencadena un episodio de maternidad biológica en los que la identificación de la madre resulta imposible (y que únicamente pueden presentarse en la práctica por medio del recurso a esta técnica de fecundación artificial conocida como “maternidad por subrogación”) a la que tradicionalmente ha ofrecido nuestro ordenamiento jurídico ante los casos de

---

<sup>22</sup> STSJ de Valladolid, Sala de lo Social, de 5 de mayo de 2010, nº recurso 539/2010.

“desconocimiento de la identidad del padre”, en los que se constituye también una familia monoparental y en los que nunca se ha dudado que es este único progenitor conocido (en este caso la madre) el sujeto que ha de disfrutar la prestación por maternidad.