



Máster Universitario en Gestión Administrativa

Trabajo Fin de Máster

**“EL FRAUDE DE LEY EN LA PRESTACIÓN
CONTRIBUTIVA POR NACIMIENTO PARA
TRABAJADORAS AUTÓNOMAS”**

**Presentado por:
Sergio Molina de la Cruz**

**Dirigido por:
Prof. Ignacio Olmos Clemades**

Marzo 2023

SUMARIO

PRESENTACIÓN

CUESTIONES PREVIAS

1. El fraude de ley. Generalidades
2. La prestación contributiva por nacimiento de hijo de las trabajadoras autónomas.
3. La modificación de la base cotización de trabajadores autónomos.

PLANTEAMIENTO

CONCRECIÓN DEL FRAUDE DE LEY

ELEMENTOS DEL FRAUDE DE LEY

1. Modificación de la base de cotización.
2. Conocimiento previo del hecho causante.
3. Inmediatez al hecho causante.
4. Incremento del importe de la prestación.
5. Intención defraudadora.

LA PRESUNCIÓN DE FRAUDE

ANÁLISIS CRÍTICO

1. Contexto socio-político y normativo.
2. La sanción.
3. El concepto contributivo.
4. “Venire contra factum proprium”

EVOLUCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

EL GESTOR ADMINISTRATIVO

EL CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS DE GESTORES ADMINISTRATIVOS

CONCLUSIONES

UNA PROPUESTA

PRESENTACIÓN

En estas páginas se pretende ofrecer un análisis de la aplicación de la doctrina del fraude de ley en un supuesto muy concreto: el aumento de la base de cotización de la trabajadora autónoma, previo a su solicitud de la prestación por maternidad.

Es necesario precisar que esta prestación recibe hoy la denominación de “prestación por nacimiento y cuidado de menor”¹, pero nos permitiremos la licencia de referirnos a ella también por su anterior denominación, prestación por maternidad. Otras veces nos referiremos a ella de forma más abreviada como prestación por nacimiento.

A lo largo de la exposición nos referiremos recurrentemente a la trabajadora autónoma. Es preciso señalar que en algunos casos el beneficiario de la prestación puede ser el progenitor varón. Algunos de los casos estudiados son anteriores a la existencia de esta posibilidad. Y ninguno de los casos considerados responde a esta circunstancia. De modo que encontramos justificada nuestra recurrencia a la figura de la trabajadora autónoma.

Ocasionalmente, en nuestro trabajo se podrán ver severas valoraciones críticas respecto a la actuación de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. Estas valoraciones deben entenderse estrictamente referidas al contexto en el que se formulan. En ningún caso cabe interpretar este trabajo como un cuestionamiento general de la necesaria labor de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social que, en su conjunto, merece el mejor de nuestros juicios.

Se hará una breve referencia a la construcción de la doctrina del fraude de ley desde el orden civil y seguidamente se abordará el supuesto específico planteado en el orden social, con el objetivo de determinar sus elementos de aplicación y el alcance de sus consecuencias sancionadoras.

Se situará la cuestión en el actual contexto europeo, constitucional y social, sin dejar atrás algunas consideraciones respecto a la creciente influencia de la perspectiva de género.

Asimismo, se abordará la cuestión a la luz de los últimos cambios normativos, especialmente en lo que respecta al sistema de cotización por tramos, de los trabajadores autónomos, que también será objeto de estudio.

¹ Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo

No queremos perder en ningún momento la perspectiva del contexto académico que da pie a este trabajo. En este sentido, el objetivo último será situar al Gestor Administrativo frente a la cuestión y, con todos estos mimbres, lanzar una reflexión acerca de cuál habrá de ser su actitud como profesional ante esta problemática. No dejaremos de abordar esta cuestión, también, desde la perspectiva institucional de los Colegios de Gestores Administrativos y su Consejo General.

Por último, nos aventuraremos a presentar una propuesta de solución a la problemática planteada. Sugeriremos algunas modificaciones en el procedimiento de reconocimiento de la prestación por nacimiento, en los casos de trabajadoras autónomas gestantes, que aumentan su base de cotización con inmediatez y previamente al parto.

CUESTIONES PREVIAS

1. EL FRAUDE DE LEY. GENERALIDADES.

No es nuestro objeto extendernos largamente acerca del concepto jurídico de fraude de ley, ni abordar los pormenores de la doctrina general, sobre la que existe numerosa literatura civilista.

La doctrina del fraude de ley no es, ni mucho menos, una creación moderna. Es frecuente encontrar en los muchos tratados sobre esta construcción doctrinal la cita de Paulo (Dig.1,3,29) “*in fraudem legis facit qui salvis verbis legis, sententiam eius circumvenit*”²

Pero debemos insistir en que nuestro trabajo se centra en el fraude de ley respecto a un supuesto muy concreto del orden social. Y aunque la construcción doctrinal parte del orden civil, no es este el lugar para realizar una extensa exposición civilista. Aquí nos limitaremos a apuntar, de forma muy sintética, las nociones esenciales necesarias para poder desarrollar, después, el examen de nuestro supuesto concreto.

Es en el artículo 6.4 del actual Código Civil donde se contiene lo que se ha dado en llamar la “regla general del fraude de ley”³

La mayoría de autores siguen la concepción de fraude de ley recogida por Federico De Castro en su obra *Derecho Civil de España* (Madrid, 1949). Asimismo, es prácticamente unánime la afirmación de que es la jurisprudencia la que ha desarrollado profusamente la construcción doctrinal del fraude de ley, destacando la STS 5/02/1965, citada de forma reiterada en numerosas sentencias posteriores.

Con estas referencias, acogemos aquí el siguiente esquema básico del fraude de ley:

Norma de cobertura: al amparo de la cual se realiza un acto jurídico.

Norma defraudada: cuya aplicación se pretende eludir con el acto realizado al amparo de la norma de cobertura.

Consecuencia: no dejará de aplicarse la norma principal que se pretendía soslayar.

Se realiza un acto que encuentra su justificación en una norma legal, pero al mismo tiempo, evita la aplicación de otra norma legal.

El mecanismo del fraude de ley nace para impedir que mediante esta clase de acciones se pueda obtener un resultado indeseado o prohibido por el ordenamiento jurídico. En virtud de este mecanismo legal, no dejará de aplicarse la norma cuya eficacia estaba siendo evitada. Decae el efecto del acto fraudulento y se aplica la norma principal, impidiendo su elusión.

² Actúa en fraude de ley quien, respetando las palabras de la ley, elude su sentido.

³ STC 37/1987 26 de marzo

Se ha discutido mucho acerca de la necesidad o no de la existencia de ánimo defraudador para poder estimar la existencia de fraude de ley. A este respecto, la jurisprudencia no es del todo unánime⁴. Así, en algunas ocasiones encontramos resoluciones que se decantan por lo que se denomina teoría objetiva: basta con la producción del resultado prohibido, sin intención. La sola realización del acto indeseado por el ordenamiento jurídico es suficiente para estimar la existencia de fraude de ley, con independencia de existencia o no de la intención de elusión. No es necesario, según este criterio, que se acredite la intención defraudadora⁵.

Por contra, la jurisprudencia mayoritaria, estima que sí “es necesario un elemento subjetivo o de intención”⁶. Si el acto no se comete para esquivar una norma, si no se comete con la intención de burlar el ordenamiento jurídico, según la teoría subjetiva, no será posible determinar la existencia de fraude de ley.

A este respecto podemos adelantar que en el supuesto concreto que es objeto de nuestro estudio, se requiere la exigencia de la intencionalidad. Sobre ello trataremos con mayor profundidad al abordar los elementos del fraude de ley en los supuestos de aumento de base de cotización de la trabajadora autónoma gestante, en relación a su prestación por nacimiento de hijo.

2. LA PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA POR NACIMIENTO DE HIJO DE LAS TRABAJADORAS AUTÓNOMAS.

Hasta aquí hemos planteado un esquema general del fraude de ley. Antes de trasladarlo al supuesto concreto de la prestación por maternidad de las trabajadoras autónomas, se hace necesario exponer, también, unas nociones esenciales acerca de la regulación de esta prestación.

En este punto las referencias imprescindibles las encontramos en el artículo 318 de la Ley General de la Seguridad Social y en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, sin dejar de mencionar la importante reforma llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo.

Resulta muy significativo que la regulación de esta prestación haya sido objeto de un desarrollo normativo específico. Además, se ha creado un subsidio de naturaleza no contributiva sobre el mismo hecho causante. Lo que queremos destacar con estas observaciones es el especial valor de los principios rectores que hay tras esta prestación. La acción de la Administración Pública debe guiarse de acuerdo a los valores de la igualdad y la no discriminación por razón de sexo. Esta acción debe encaminarse a la consecución de la protección de la familia, de la mujer y de la maternidad. Más adelante, este aspecto será objeto de análisis particular. Por el momento, centraremos nuestra atención en la regulación de la prestación por nacimiento de hijo.

⁴ S.T.S.J. Madrid 795/2015 de 10 de noviembre

⁵ S.T.S. 3584/1995 de 19 de junio

⁶ S.T.S. 746/2003 de 6 de febrero

En síntesis, sin entrar en supuestos excepcionales, la duración de la prestación es de 16 semanas. Su importe diario, desde el 1 de marzo de 2018 ⁷, quedó establecido en el 100% de la base reguladora que, como regla general, es igual al promedio de las bases de cotización de los seis meses anteriores al parto, dividido entre 180.

Con anterioridad al 1 de marzo de 2018 el cálculo de ese importe diario tomaba como referencia el resultado de dividir por 30 la base de cotización del mes anterior y, como se verá, este dato cobrará importancia a efectos de nuestro análisis sobre el fraude de ley.

Se requiere estar al corriente de pago de todas las cuotas. En caso contrario, es posible solventar este impedimento mediante lo que se conoce como una invitación al pago, que habilita la posibilidad de liquidar las cuotas pendientes.

Además, se requieren unos periodos mínimos de cotización previa. Con carácter general, es necesario tener cotizados los 180 días previos al hecho causante. De no ser así, se requiere tener acumulados un mínimo de 360 días considerando el total de los periodos que tenga cotizados la solicitante.

Por último, aunque el objeto de este trabajo se centra en la prestación por nacimiento de hijo en sentido estricto (parto), no podemos dejar de señalar que, a efectos de esta prestación, la legislación ha equiparado al nacimiento, otras situaciones como la adopción o el acogimiento.

3. LA MODIFICACIÓN DE LA BASE DE COTIZACIÓN DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS

Los trabajadores autónomos han venido gozando de cierta libertad para elegir su base de cotización, entre una base mínima y una base máxima, establecidas anualmente en los Presupuestos Generales del Estado. Una elección siempre sujeta a criterios y mecanismos reglamentariamente previstos que han venido siendo objeto de importantes modificaciones en los últimos años.

Para nuestro propósito basta, de momento, con tener en cuenta que ya desde la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1970 se han venido estableciendo mecanismos legales que permiten a los trabajadores autónomos modificar su base de cotización. Esta posibilidad de modificación ha evolucionado desde permitir dos modificaciones por ejercicio, pasando después por cuatro anuales ⁸, hasta las seis actuales. Insistimos, siempre dentro de los criterios establecidos reglamentariamente, que también han ido variando. Sin embargo, como veremos, la aplicación de la doctrina del fraude de ley ha venido a alzarse como un límite a esta libertad de modificación.

⁷ Ley 6/2017 Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo. Disposición Final Cuarta.

⁸ Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo

El 1 de enero de 2023 entró en vigor una importante reforma del régimen de la modificación de la base de cotización de los trabajadores autónomos. Con esta reforma la modificación de la base de cotización queda de manera expresa vinculada al rendimiento de la actividad profesional del autónomo. Lo que venía siendo una potestad del contribuyente se convierte en una obligación.

En función de los rendimientos previstos, se establecen varios tramos con diferentes bases mínimas y máximas, entre las que el autónomo está obligado a cotizar, estableciéndose una regularización al final del ejercicio para corregir las posibles desviaciones de la previsión efectuada y adaptar la cotización al rendimiento real.

A este respecto, es necesario precisar que los supuestos de aplicación del fraude de ley estudiados en nuestro trabajo corresponden al periodo previo a esta reforma. No obstante, no sólo no eludiremos estos cambios, sino que sobre ello trataremos largamente, al abordar la posible evolución de la cuestión objeto de nuestro estudio.

PLANTEAMIENTO

Hasta aquí hemos visto cómo opera la doctrina general del fraude de ley, en qué consiste la prestación de maternidad y hemos conocido la posibilidad del trabajador autónomo de cambiar su base de cotización. Ya estamos en disposición de entrar de lleno al núcleo de la problemática que queremos analizar:

Cuando una trabajadora autónoma embarazada sube su base de cotización, dentro de los seis meses anteriores a dar a luz, ¿Qué ocurre con su prestación de maternidad?

En estos casos, ante la solicitud de la prestación, la Seguridad Social, generalmente, viene dictando resolución estimatoria; otorga y abona la prestación, calculada de acuerdo a los criterios previstos legalmente y que ya vimos anteriormente.

A continuación, lo que hemos observado es que, de forma sistemática ante estos supuestos, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social frecuentemente suele abrir acta de infracción por fraude de ley. Igualmente, hemos observado que el procedimiento sancionador así iniciado, en la mayoría de los casos, acostumbra a terminar con resolución sancionadora que implica de hecho la pérdida de la totalidad de la prestación. Veamos, seguidamente, cómo se concreta este mecanismo legal de protección frente al fraude.

CONCRECIÓN DEL FRAUDE DE LEY

Conocido ya nuestro supuesto de hecho, apliquémosle, ahora, aquél esquema elemental del fraude de ley que vimos inicialmente y que encuentra su fundamento legal en el artículo 6.1 del Código Civil.

Norma de cobertura: Libertad de modificación de la base de cotización (Art. 43.bis. del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social)

Norma defraudada: Actuar fraudulentamente para obtener una prestación superior a la que hubiera correspondido, en caso de no haberse materializado el acto realizado al amparo de la norma de cobertura. (Art. 26.1.Ley sobre Infracciones y Sanciones en Orden Social, en adelante, LISOS)

Consecuencia: Se aplica la norma que se pretendía eludir lo que conlleva la sanción de la pérdida de la prestación por un periodo de seis meses. (Art. 47.1.c.LISOS). Esto, en nuestro caso, equivale a la pérdida del total de la prestación, ya que su duración es de 16 semanas.

ELEMENTOS DEL FRAUDE DE LEY

Hemos podido examinar abundante jurisprudencia, que se cita a lo largo del trabajo y en la relación registrada al final del mismo. Tras su lectura nos podemos aventurar a señalar lo que creemos que constituyen los elementos necesarios para determinar la existencia de fraude, ante el incremento de la base de cotización y en relación a la prestación por nacimiento de hijo. La Inspección viene apreciando fraude de ley ante la concurrencia de los siguientes elementos:

- Modificación de la base de cotización.
- Conocimiento previo del hecho causante
- Inmediatez de la modificación al hecho causante.
- Incremento del importe de la prestación.
- Intención defraudadora.

Ante la suma de estos elementos, la Inspección activa una presunción de fraude, que si no es destruida por la cotizante, terminará, como hemos visto, en sanción. Veamos las características de estos elementos.

1. MODIFICACIÓN DE LA BASE DE COTIZACION

La modificación de la base de cotización es el hecho que desencadena la posibilidad de apreciar fraude de ley. Es el acto sobre el que se presume el fraude. Pero, no cualquier modificación. Obviamente, se requiere que ésta sea al alza. De otro modo no causarían un incremento en el importe de la prestación, que es otro de los elementos que señalamos como necesario para la apreciación de fraude en estos casos.

Entendemos que para dar lugar a inspección, a efectos prácticos y de eficiencia, debería ser una modificación no menor; con capacidad de generar un incremento de cierta entidad sobre el importe de la prestación. Sin embargo, a este respecto, podemos encontrar sorprendentes actuaciones de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, frente a variaciones poco significativas. Por lo que podemos concluir que, técnicamente, a efectos del fraude, no importa la cifra, sino el acto de elevarla.

Debe ser una modificación amparada por el ordenamiento jurídico. En ausencia de una norma de cobertura, no podría actuarse el mecanismo de fraude de ley. En caso de tratarse de una modificación no ajustada a las normas que la regulan, nos encontraríamos ante otra problemática, pero no ante el fraude de ley objeto de nuestro estudio.

2. CONOCIMIENTO PREVIO DEL HECHO CAUSANTE

En el caso que estudiamos, es el conocimiento del estado de gestación, lo que hace previsible el parto, que es el hecho causante de la prestación. La trabajadora autónoma gestante sabe que, es previsible que se produzca el parto en una fecha fácil de determinar con cierta exactitud. Si sube su base de cotización siendo conocedora de la proximidad de la realización del hecho causante, la inspección va a presumir que esa subida es fraudulenta porque entiende que se ha realizado con el único ánimo de recibir una prestación mayor. La previsibilidad del parto es lo que lo convierte en sospechoso.

3. INMEDIATEZ AL HECHO CAUSANTE

La duración del embarazo y la previsibilidad del parto son los hechos que determinan la inmediatez del aumento de la base de cotización. Ya hemos señalado que, actualmente, son los seis meses anteriores al parto los que se toman en consideración para el cálculo a efectos de determinar el importe de la base reguladora de la prestación por maternidad. Sabemos, también, que hoy día el conocimiento del embarazo puede devenir desde el primer mes de gestación.

Es evidente que un aumento de la base de cotización anterior en más de nueve meses al parto, no podrá dar lugar en ningún caso a la posibilidad de considerar fraudulento ese aumento, ya que no era posible conocer la próxima realización del hecho causante.

No es nuestro objetivo profundizar ahora en las consecuencias de las modernas técnicas de fertilización in vitro y que podrían dar lugar a situaciones de gestación planificada que pudieran constituir alguna excepción a este planteamiento general. Nos conformaremos, aquí, con mencionarlo.

4. INCREMENTO DEL IMPORTE DE LA PRESTACIÓN

Como efecto de todo lo anterior, se producirá un aumento en el importe de la prestación de maternidad a percibir por la trabajadora autónoma. Es obvio que sin una mayor prestación no será necesario, ni posible considerar un eventual fraude de ley.

5. INTENCIÓN DEFRAUDADORA

Recordemos que sobre esta cuestión se apuntó la existencia de dos teorías (subjettiva y objetiva). Pues bien, de la literalidad del citado artículo 26.1 LISOS se desprende que, en este caso, la ley exige claramente una intención de defraudar: “con el fin de obtener”.

De este modo, entramos en el pantanoso terreno de la prueba de intenciones. “Las apreciaciones sobre la existencia de fraude que se fundan en una valoración de intenciones”⁹ ¿Cómo puede probarse que el único fin de una modificación de la base es la obtención de una mayor prestación? La Inspección viene activando sistemáticamente una presunción de fraude cuando el aumento de la base de cotización no va acompañado de circunstancias que, a su juicio, lo justifiquen. Esta presunción bien merece un tratamiento más pormenorizado.

LA PRESUNCIÓN DE FRAUDE

La doctrina jurisprudencial es uniforme y constante al señalar que “el fraude de Ley no se presume y ha de ser acreditado por el que lo invoca”¹⁰ De la lectura de esta rotunda exigencia, podría entenderse que no es admisible el mecanismo jurídico de las presunciones. Nada más lejos de la realidad.

Para la acreditación del fraude pueden emplearse todos los medios de prueba admitidos en derecho, directos o indirectos; y entre estos últimos se incluyen las presunciones.¹¹ De hecho, en el caso que es objeto de nuestro trabajo, la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social se vale de una presunción para acreditar la existencia de fraude.

Del análisis de la jurisprudencia que venimos citando, se constatan como recurrentes dos hechos a partir de los cuales la Inspección infiere una intención defraudadora.

Previsibilidad del parto:

En efecto, anteriormente ya hemos identificado este hecho como un elemento necesario para la apreciación de existencia de fraude. En numerosos expedientes y sentencias sobre este particular, encontramos reflexiones acerca de la falta de aleatoriedad de la maternidad.¹² El embarazo se trata de un hecho conocido y el parto, previsible. Ese conocimiento sirve a la Inspección para acusar de fraude a la trabajadora autónoma. Se vierten en las actas razonamientos del tipo: ante el conocimiento de su embarazo y sabiendo que se producirá un parto en una fecha más o menos previsible, se aumenta la base de cotización con el único fin de obtener una prestación de maternidad superior a la que le hubiera correspondido.

⁹ Auto TS Sala IV de 13 de septiembre de 2017.

¹⁰ STS de 14 de marzo de 2005 (Rec. 6/2004)

¹¹ STSJ Cataluña 5075/2021 de 15 de octubre.

¹² STSJ Cataluña 8601/2012 de 21 de diciembre. STSJ Madrid 795/2015 de 10 de noviembre.

Ausencia de mayor actividad o facturación:

En los supuestos estudiados tanto la Inspección, como los Tribunales toman la falta de un mayor rendimiento, como un indicativo suficientemente sólido como para determinar la existencia de fraude, salvo prueba en contra¹³.

Se construye la presunción sobre el razonamiento de que si el aumento de la base de cotización no va acompañado de unos mayores ingresos, este aumento no queda justificado y entonces quedaría acreditado, de forma indirecta, por vía de presunción, que ese aumento es fraudulento y se realizó sólo con el fin de incrementar la prestación.

En ocasiones, en alguna resolución, hemos observado que se destaca que este razonamiento responde a la concepción contributiva del sistema de protección social de nuestro ordenamiento. “Acomodar la base de cotización a sus ingresos como autónoma, que es el criterio inspirador de la posibilidad de elevar la base de cotización a que la norma legal se refiere.”¹⁴

Frecuentemente, en las mismas resoluciones que señalan la ausencia de una mayor facturación, encontramos, además, otras expresiones más imprecisas que no se refieren concretamente a este hecho del volumen de ingresos. Se alude, en estas ocasiones, de forma general a la falta de cualquier otra circunstancia, que justifique el aumento de la base de cotización. Por lo tanto, podemos suponer que existirán otros hechos, además de una mayor facturación, que pudieran servir para enervar la presunción de fraude, en función de las circunstancias concretas de cada caso. Se nos ocurre, quizás, alguna causa de índole fortuita, que justificara no haber alcanzado una facturación mayor. Por ejemplo, un desplazamiento temporal al extranjero, debido a circunstancias familiares adversas, y que afectó negativamente al rendimiento de la actividad profesional¹⁵

Recientemente, esta concepción contributiva ha venido a ser refrendada por la reforma del sistema de cotización de los trabajadores autónomos, que entró en vigor el 1 de enero de 2023. Este nuevo sistema de cotización concreta diferentes tramos de bases mínima y máxima, directamente vinculados al importe del rendimiento obtenido por el trabajador autónomo con su actividad profesional. Más adelante, nos aventuraremos a prestar atención a las consecuencias que esta reforma podría tener sobre el objeto de nuestro trabajo.

¹³ STSJ Cataluña 5075/2021 de 15 de octubre

¹⁴ STSJ Madrid 795/2015 de 10 de noviembre

¹⁵ STSJ Madrid 1158/2020 de 11 de diciembre

ANÁLISIS CRÍTICO

Hasta aquí hemos querido exponer el sistema del fraude de ley que se viene aplicando respecto a la prestación por nacimiento de hijo, en los casos de aumento de la base de cotización de trabajadoras autónomas gestantes, con cierta inmediatez al parto.

A continuación se pretende situar el problema en su contexto normativo, social e histórico y realizar una valoración a la luz de ese contexto.

1. CONTEXTO SOCIO-POLÍTICO Y NORMATIVO

La protección de la mujer trabajadora y de la maternidad es, a día de hoy, uno de los pilares fundamentales del Estado Social y de Derecho. Ello responde a una creciente demanda social de especial protección de la mujer trabajadora. Se exige de las Administraciones Públicas que desplieguen los medios necesarios para que la condición de mujer en general, y la maternidad, en particular, no constituyan un lastre y un motivo de desigualdad en el desarrollo personal y profesional de las mujeres.

Esta perspectiva, que llamamos de género, ha encontrado su plasmación en diversos ámbitos del ordenamiento jurídico. Vamos a señalar a continuación algunas de las normas internacionales y nacionales que se han originado en respuesta a esta demanda, y que han contribuido a la construcción de este paradigma, que se erige como principio fundamental orientador de las políticas sociales de los estados democráticos.

DERECHO INTERNACIONAL: Son varios los convenios suscritos por el Estado Español que recogen expresamente la orientación de los Estados hacia el establecimiento de mecanismos de protección de la capacidad económica de las trabajadoras tras dar a luz. Por citar dos de los más relevantes: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1996 (art. 10.2) y Convenio OIT 103 (art. 4.1 y .2).

DERECHO EUROPEO: En este marco es ineludible la referencia al artículo 8 de la Carta Social Europea, 1996: “Derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad”; y su artículo 12.2., sobre la obligación de los estados firmantes de establecer prestaciones. En la misma línea, la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo, sobre el permiso parental.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: La protección de la familia y de las madres es un principio inspirador del Estado que encontramos en el artículo 39 de nuestra Carta Magna. Por su parte, el artículo 41 sienta el principio de impulso de un sistema social de prestaciones ante situaciones de necesidad.

El artículo 14 recoge como principio fundamental (dotado, por tanto, de la máxima protección jurídica) la no discriminación por razón de sexo que, además, aunque con menor nivel de protección, se reitera en el artículo 35 referido expresamente al ámbito laboral.

Este mandato constitucional ha encontrado plasmación a lo largo y ancho de nuestro ordenamiento jurídico en muy distintos ámbitos; de forma destacada y singular en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

A nuestro juicio, estas normas y principios que hemos citado ponen en entredicho el resultado final de la aplicación del fraude de ley en el supuesto estudiado. Como hemos visto, la consecuencia última es la privación total de la prestación por nacimiento. Mala adaptación tiene esta sanción a los mandatos que acabamos de destacar.

Como ha quedado patente, la demanda social de orientar las políticas sociales a la protección de la familia, la infancia, la mujer y la maternidad es clara y con un nivel de exigencia en continuo crecimiento. Hemos señalado cómo esta demanda se ha trasladado al ordenamiento jurídico y resulta de obligado cumplimiento para los Estados. El Sistema Social de protección de los estados democráticos recibe de manera firme e indubitada el mandato de proteger a la mujer, en general; en el ámbito del trabajo, en particular y en la maternidad, de forma específica.

En el caso que venimos estudiando, observamos que el resultado final del mecanismo de fraude de ley aplicado, es la privación total de la protección por maternidad. Esta sanción, por lo tanto, nos parece de gravedad máxima. Con la aplicación de esta sanción decae uno de los principios fundamentales que deben regir la actuación de los estados democráticos, sociales y de derecho. Pese a todo, esta sanción se aplica de forma sistemática y podemos decir indiscriminada, ya que no existe opción de gradación en función de las particulares circunstancias de cada caso. Más adelante, profundizaremos en el estudio de esta sanción y su tratamiento por la jurisprudencia. Baste, por ahora, con señalar la quiebra que supone del mandato de protección de la mujer y la maternidad.

En esta línea, el Tribunal Constitucional es contundente al determinar el valor superior del principio de igualdad y la fuerza del mandato de protección a la familia y a la infancia. De forma inequívoca, determina la prevalencia de éstos cuando se trate de dar solución a las dudas de interpretación que puedan surgir en cualquier caso concreto.

Por lo tanto, ante la duda acerca de los motivos de un aumento de base de cotización, la activación de una presunción de fraude choca frontalmente con el criterio interpretativo que señala el Tribunal Constitucional. Más aún si tenemos en cuenta que la sanción consiguiente será la privación total de la protección a la madre trabajadora que ha dado a luz.

La valoración, desde esta perspectiva, adquiere todavía mayor gravedad si vamos más allá de la quiebra de uno de los principios rectores de la acción de la Administración. En esta aplicación del fraude de ley y su juego de presunciones se ha llegado a identificar la existencia de una discriminación directa por razón de sexo.

Efectivamente, la doctrina (si bien de forma minoritaria) ha señalado en alguna ocasión la existencia de una discriminación directa de género, en la consideración fraudulenta del aumento de base de cotización de las mujeres autónomas, en relación a su prestación por nacimiento.

Es muy destacable, en este sentido, el voto particular emitido en la S.T.S.J. Cataluña 5075/2021, de 15 de octubre. En ese voto particular, el Magistrado Don Carlos Hugo Preciado Domenech realiza un agudo análisis del caso juzgado.

Se trata de una trabajadora autónoma quien durante su embarazo se aumenta su base de cotización desde 919,80,-€uros, hasta 1.700,-€uros . Este aumento se consideró fraudulento y así lo confirmó, en este caso, el voto mayoritario del TSJ de Cataluña. El voto particular, de lectura muy recomendada, constituye una lúcida y lucida síntesis de la doctrina de la discriminación directa por género. Desgrana de forma breve y precisa la normativa europea y nacional en la que basa su posición.

Para determinar la existencia de discriminación, el Magistrado discrepante aplica al caso concreto el test de sustitución, que la doctrina conoce por la expresión anglófona “but for”. Se cambia el sexo de la persona en la situación testada y se analiza si se llegaría al mismo resultado. Si no fuera mujer, no existiría embarazo. Sin embarazo, el aumento de la base de cotización no hubiera sido considerado fraudulento. Por lo tanto, existe discriminación directa por razón de género, concluye el Magistrado en su voto particular.

2. LA SANCIÓN

En el apartado anterior se ha citado un caso real en el que un aumento de base en 780,20.-€uros recibe la única sanción posible: la pérdida total de la prestación. Recibe igual tratamiento quien pasa de la base mínima a la máxima, que quien realiza un aumento más modesto.

Desde un punto de vista técnico jurídico, casi podría parecer una vulneración del principio de proporcionalidad. Pero, no; técnicamente, no vemos en ello una quiebra del principio de proporcionalidad, puesto que la acción es la misma, y recibe igual reproche. Se sanciona la acción, con independencia de su importe. No obstante, como hemos señalado, al verse la trabajadora privada totalmente de la protección por nacimiento de hijo, sí vemos la quiebra de otros principios rectores fundamentales de la actividad de la Administración Pública.

Este carácter extremo de la sanción nos parece uno de los puntos más críticos del sistema de fraude de ley, que se activa frente a supuestos de aumento de base de cotización, previo al hecho causante de la prestación contributiva de maternidad de la trabajadora autónoma.

La Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social califica de muy grave la actuación fraudulenta con la intención de causar derecho a una prestación de importe superior al que hubiera correspondido de no mediar ese acto fraudulento.

Como consecuencia de esa calificación de muy grave, la sanción que recibirá la trabajadora autónoma a quien se le impute esta acción fraudulenta será la pérdida de la prestación durante seis meses. Como quiera que la prestación por nacimiento tiene una duración de 16 semanas, el efecto real es la pérdida total de la prestación recibida.

Hasta la entrada en vigor del art. 47.c LISOS, en el antiguo art. 133 quinquies de la Ley General de la Seguridad Social, estaba prevista la pérdida de la prestación de maternidad, en caso de actuación fraudulenta, sólo si ésta iba encaminada a su obtención o conservación pero no citaba literalmente la obtención de un incremento injustificado. Esto motivaba disparidad de interpretaciones. En ocasiones, la consecuencia no era la pérdida del total de la prestación, sino sólo del exceso percibido.¹⁶

De hecho, incluso con posterioridad a la entrada en vigor de la LISOS, este aspecto de la sanción ha seguido siendo muy controvertido. La Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, venía imponiendo de forma sistemática la sanción de seis meses de pérdida de la prestación, o sea, su privación total. Sin embargo, en sede judicial se han venido dictando sentencias en sentidos opuestos. En unos casos, se ha aplicado la pérdida únicamente del exceso de la prestación correspondiente al aumento de la base de cotización. Pero, mayoritariamente, la jurisprudencia ha refrendado la sanción del artículo 47.c. LISOS, esto es, la pérdida por seis meses de la prestación. Como sabemos, en el caso de la prestación por nacimiento, esto equivale a su pérdida total.

Esta controversia ha quedado zanjada de forma definitiva por el Tribunal Supremo en su Sentencia para unificación de doctrina 489/2022, de 31 de mayo, en la que, de forma rotunda, se afirma que en estos supuestos estamos ante “la aplicación de una sanción prevista legalmente que implica la pérdida de las prestaciones, [...] la devolución total”.

En consecuencia, ante la imposición de esta sanción, será intento vano su discusión, si no se desvirtúa al mismo tiempo la existencia de fraude. Para que pueda decaer la sanción de pérdida de la prestación, es necesario atacar, en cada caso concreto, la existencia misma del fraude de ley. Si existe fraude, la sanción a imponer no puede ser otra que su pérdida por un periodo de seis meses, lo que como sabemos y así reconoce la propia STS 489/2022 “comporta, por ministerio de la ley su eliminación total”.

3. EL CONCEPTO CONTRIBUTIVO

Al tratar la cuestión de un mayor o menor rendimiento, vinculado al aumento de la base de cotización de la trabajadora autónoma gestante, hemos mencionado que nuestro sistema responde a una concepción contributiva del sistema de protección social. No queremos decir con esto que no existan prestaciones no contributivas. Lo que se pretende significar al señalar esa concepción contributiva es que todos los ciudadanos tienen el deber de aportar al sistema con arreglo a sus posibilidades.

Al objeto de nuestro estudio, como sabemos, esto implica que a mayor rendimiento sí queda justificado un aumento de base de cotización de la trabajadora autónoma, incluso previo al parto, enervando la presunción de fraude.

Esta concepción, desde la perspectiva de la problemática estudiada, a nuestro modo de ver merece un comentario crítico. Nos parece que, respecto a la prestación por nacimiento de hijo de la trabajadora autónoma, el problema para la Administración no

¹⁶ S.T.S. J. Navarra 85/2016, de 16 de febrero.

es la mayor o menor aportación de la contribuyente en función de sus rendimientos. Este concepto contributivo se viene utilizando como argumento para presumir el fraude ante un aumento de la base contributiva ajeno a un aumento de los ingresos.

Pero insistimos, el problema no parece que sea la contribución, sino la prestación. Lo que motiva la actuación de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social es más el cobro de una prestación incrementada en su importe, que el hecho de una mayor contribución carente de justificación. Por decirlo de otro modo, prescindiendo del significado estrictamente técnico de las palabras: el problema se encuentra más en el lado retributivo del sistema (la prestación), que en el lado contributivo (la base de cotización).

Podemos plantear la situación a la inversa. Una trabajadora autónoma que venía cotizando por una base de cotización elevada, aún sin disminuir su rendimiento, modifica su base de cotización a otra base mucho inferior. En este proceder podemos ver, también, una quiebra del concepto contributivo del sistema de Seguridad Social. Pero estos casos, hasta ahora, ni estaban contemplados en la normativa, ni han sido objeto de una actuación sistemática de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

Y decimos hasta ahora, porque como se verá a continuación, esto ha venido a cambiar con la entrada en vigor del nuevo sistema de cotización de trabajadores autónomos por tramos, que, ahora ya de forma expresa y evidente, vincula la base de cotización directamente con el rendimiento de la actividad profesional del trabajador autónomo.

4. “VENIRE CONTRA FACTUM PROPIUM”

Lo que viene a expresar esta locución latina es que en una relación basada en la buena fe uno no puede conducirse contra sus propios actos. En ocasiones una conducta, en el marco de una relación jurídica, puede ser generadora de expectativas de derechos. Aquello que puede tenerse por cierto como consecuencia del propio comportamiento, no puede ser negado posteriormente. Es muy habitual encontrar ejemplos de esta doctrina en el ámbito de las Comunidades de Propietarios en Régimen de Propiedad Horizontal. Suele ocurrir que algún vecino instale, por ejemplo, un aparato de aire acondicionado en la fachada. Transcurre el tiempo sin más incidencia, hasta que otro vecino va a realizar la misma acción. Entonces, en idénticas circunstancias, la Comunidad le niega el permiso.

Pues bien, según el principio que traemos a colación, la Comunidad no puede ir en contra de sus propios actos. Al no oponerse a la primera instalación, se ha generado una expectativa en el resto de los vecinos sobre algo que pueden hacer. No resulta admisible que, en idénticas circunstancias, después, les sea negado.

Este principio también es aplicable a la Administración Pública en sus relaciones con los administrados y está íntimamente ligado al principio de buena fe que ha de regir estas relaciones. Veamos cómo puede afectar a nuestra problemática.

Tal y como quedó planteado al principio de nuestro trabajo, es la Seguridad Social quien reconoce el derecho a la prestación por nacimiento. La propia Seguridad Social realiza los cálculos y determina su cuantía, de acuerdo al procedimiento legalmente establecido y de acuerdo a los datos que le son conocidos.

La doctrina de los propios actos y de la buena fe vendría a impedir que la propia Seguridad Social actúe contra el acto que ha dictado, siempre y cuando no afloren hechos desconocidos y que no hubiera podido conocer.¹⁷ Es muy destacable este último matiz. Aunque los hechos sean desconocidos, si la Administración hubiera podido conocerlos, no pueden justificar un comportamiento en contra de los propios actos.

Pensemos ahora en una trabajadora autónoma en estado de gestación que sube su base de cotización en septiembre. En febrero del año siguiente da a luz y solicita su prestación por nacimiento. La Seguridad Social le reconoce la prestación y, para determinar su importe, toma en consideración las bases de cotización desde agosto del año anterior, hasta enero del año en curso (seis meses anteriores al hecho causante). Tiempo después, la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social abre procedimiento de inspección. Se requiere a la trabajadora la acreditación de un mayor rendimiento que justifique el incremento de su base de cotización. Esta acreditación la inspección estima que no queda verificada. Finalmente, se impone a la trabajadora la sanción de pérdida por seis meses de la prestación por nacimiento.

En esta situación, lo que queremos destacar es que la Seguridad Social en la fecha en la que reconoce, calcula y empieza a abonar la prestación (febrero) si no conocía, podía conocer los rendimientos de la solicitante del periodo en el que subió su base de cotización. No sólo tiene a su alcance la posibilidad de requerimiento al propio interesado para aportar la contabilidad de su actividad profesional. Además, la Seguridad Social tiene a su disposición el sistema de Suministro de Información a Administraciones Públicas para Finalidades No Tributarias de la Agencia Tributaria. Un sistema de recogida de información que la misma Seguridad Social utiliza en la tramitación de solicitudes de prestaciones.

No existe falsedad, inexactitud, ni ocultación alguna de datos en la solicitud de la prestación. Es la Seguridad Social quien calcula la base reguladora, quien aprueba y abona la prestación, teniendo conocimiento o pudiendo haberlo tenido, de todos los hechos en los que después pretende fundamentar la existencia de un fraude.

No ha aflorado ningún hecho desconocido o que ni potencialmente hubiera podido conocer la Seguridad Social, en el momento de tramitar la solicitud de prestación. El incremento de la base de cotización tuvo lugar en el ejercicio anterior al del hecho causante. La Seguridad Social pudo conocer el rendimiento de ese ejercicio ya cerrado.

Es en supuestos como este en los que pensamos que podría actuarse la doctrina de los actos propios y el principio de buena fe. Esto impediría que, en circunstancias como las descritas, se pudiera llegar a considerar la existencia de fraude de ley ante el incremento de base durante un periodo cuyo rendimiento pudo ser conocido por la Seguridad Social, en el momento de tramitar la solicitud de la prestación.

¹⁷ STS, 1503/2016 de 22 (rec. 2218/2015)

EVOLUCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

Hemos visto que hasta 2018 la base de cotización tenida en cuenta para determinar la cuantía de la prestación de maternidad era la correspondiente al mes inmediatamente anterior al hecho causante.

La situación de fraude se producía cuando una trabajadora autónoma que venía cotizando por una base inferior (normalmente la mínima), cambiaba su base a otra muy superior, poco antes del parto, de modo que cobraba una mayor prestación.

La base mínima y la máxima eran las mismas para todos los autónomos. Una sola base mínima y una sola base máxima. Dentro de esa horquilla, como ya vimos, las posibilidades de cambio venían estando restringidas a dos al año. Una por semestre, con efectos a 1 del mes de inicio del siguiente semestre. Esta limitación no conseguía evitar por sí misma situaciones de abuso como la que hemos descrito. De modo que, en este contexto, cobra fuerza la aplicación de la doctrina del fraude de ley, como mecanismo corrector frente al abuso. Si no se acredita que el aumento de base responde a un cambio de ciertas circunstancias de hecho (mayor rendimiento), se presume que se ha realizado en fraude de ley, con el único objeto de obtener una prestación mayor. Se trataba de evitar que quien venía contribuyendo con una baja cotización, recibiera una prestación correspondiente a una contribución sensiblemente superior a la que venía realizando.

Hemos señalado que en el mes de marzo del año 2018 cambia el sistema de cálculo del importe de la prestación por nacimiento de hijo. De considerar sólo la base de cotización del mes inmediatamente anterior al parto, se pasa a considerar la de los seis meses anteriores (dividida entre 180 para hallar la base diaria). Además, en 2018, también se alteró el régimen de cambios de la base de cotización, pasando de 2 a 4 anuales, uno por trimestre; tomando su efecto el día 1 del mes de inicio del trimestre siguiente al de la solicitud. De modo que, pese a ampliarse a seis los meses considerados para determinar el importe de la prestación, la madre trabajadora autónoma sigue teniendo margen legal temporal para elevar su base sin más propósito que el de recibir una prestación superior. Podemos concluir que también tras estos cambios, el fraude de ley podría ser un mecanismo necesario para atajar abusos.

Ahora bien, la pregunta qué nos hacemos es qué ocurrirá tras la nueva reforma vigente desde el 1 de enero de 2023. Se han establecido diferentes tramos de base mínima y máxima de cotización, en función del rendimiento, de acuerdo a la siguiente tabla¹⁸

Tabla de rendimientos y bases de cotización 2023.

Tabla reducida

Tramos de rendimientos netos 2023.		Base mínima.	Base máxima.
Euros/mes		Euros/mes	Euros/mes
Tramo 1	<= 670	751,63	849,66
Tramo 2	> 670 y <= 900	849,67	900
Tramo 3	> 900 y <1.166,70	898,69	1.166,70

¹⁸ <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/HerramientasWeb/9d2fd4f1-ab0f-42a6-8d10-2e74b378ee24> (visitada el 14/02/2023)

Tabla de rendimientos y bases de cotización 2023.

Tabla general

Tramos de rendimientos netos 2023. Euros/mes	Base mínima. Euros/mes	Base máxima. Euros/mes
Tramo 1 >= 1.166,70 y <= 1.300	950,98	1.300
Tramo 2 > 1.300 y <= 1.500	960,78	1.500
Tramo 3 > 1.500 y <= 1.700	960,78	1.700
Tramo 4 > 1.700 y <= 1.850	1.013,07	1.850
Tramo 5 > 1.850 y <= 2.030	1.029,41	2.030
Tramo 6 > 2.030 y <= 2.330	1.045,75	2.330
Tramo 7 > 2.330 y <= 2.760	1.078,43	2.760
Tramo 8 > 2.760 y <= 3.190	1.143,79	3.190
Tramo 9 > 3.190 y <= 3.620	1.209,15	3.620
Tramo 10 > 3.620 y <= 4.050	1.274,51	4.050
Tramo 11 > 4.050 y <= 6.000	1.372,55	4.495,50
Tramo 12 > 6.000	1.633,99	4.495,50

La trabajadora autónoma ya no dispone de una holgada horquilla en la que elegir su base de cotización. Su potestad se ha convertido en obligación. Debe elegir una base provisional de acuerdo a su previsión de rendimientos. Esta base provisional será revisada a final del ejercicio. En ese momento, de acuerdo a los datos definitivos de sus rendimientos, se determinará su base definitiva. Si la base provisional y la definitiva están en el mismo tramo de la tabla, no procede regularización, de modo que la provisional deviene definitiva. En caso contrario, se realizará la regularización al alza o a la baja, según proceda.

Se prevén exclusiones a la regularización y algunas de ellas afectan de lleno a nuestra problemática. No serán objeto de regularización las cotizaciones que sirven de base para la determinación del importe de una prestación (esto es, las bases de los seis meses anteriores, en nuestro caso). Tampoco se regularizará la base de cotización constante durante el periodo de percepción de la prestación.

Como sabemos, esta reforma ha habilitado la posibilidad de cambiar hasta seis veces al año la base de cotización. Recordemos, una vez más, que estos cambios ya no son potestativos (“deberán cambiar su base”, dice la norma) Los seis cambios no son una opción a discreción del cotizante. Esos cambios son el instrumento puesto por la ley a disposición del cotizante con la finalidad concreta de cumplir el deber de adaptar su cotización a su nivel de rendimiento.

La primera pregunta que nos planteamos es si se permiten seis cambios de base de cotización, sin más; o bien se trata de seis cambios de tramo de base de cotización. La respuesta no parece del todo clara en la nueva redacción dada al art. 308 de la Ley General de la Seguridad Social : “deberán cambiar su base de cotización [...] a fin de ajustar su cotización [...], pudiendo optar a tal efecto por cualquiera de las bases de cotización comprendidas en las tablas”. La expresión “a fin de ajustar” es lo que nos hace pensar en la posibilidad de que el cambio permitido debe ser necesariamente de tramo. Si la previsión de los rendimientos varía, pero no suponen un cambio de tramo, parece que podría interpretarse que no es necesario ningún ajuste. Ya se cumple el deber de cotizar dentro del tramo adecuado a la previsión de rendimientos. No hay necesidad de ajuste. El deber exigido es mantenerse dentro del tramo adecuado. El cumplimiento de este deber es el presupuesto habilitante para el cambio de base. ¿Se permitirá un cambio de base sin cambiar de tramo? Creemos que sí, que está permitido. La respuesta la encontramos en el desarrollo reglamentario contenido en el art. 45.1 del Reglamento

General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre: “podrán cambiar hasta seis veces al año la base por la que vengan obligados a cotizar, eligiendo otra dentro de los límites mínimo y máximo que les resulten aplicables en cada ejercicio”.

Otra cuestión que se nos plantea es qué valor va a tener esta nueva tabla de tramos de cotización, respecto a la aplicación del fraude de ley en la prestación de maternidad.

Que no se regularicen las bases de los meses tenidos en cuenta para determinar la base reguladora de la prestación, no parece que deba significar que necesariamente queden fuera de la aplicación de la tabla. Esos meses no se van a regularizar, pero si se cotizaron en un tramo superior al de la base definitiva, es notorio que se va a poder seguir aplicando el mecanismo del fraude de ley.

Creemos, además, que, en estos casos el peso de la presunción de fraude podría quedar reforzado por el recurso a la tabla por tramos de rendimiento de cotizaciones máximas y mínimas. Técnicamente, no podrá llegar a considerarse una presunción “iure et de iure”, pero cuando la cotización haya quedado por encima del tramo definitivo, va a ser muy difícil la destrucción de la presunción. No imposible, desde luego.

Pensemos, por ejemplo, en el caso de una trabajadora autónoma orfebre. Se encuentra en estado de gestación desde diciembre de 2022. Con la entrada del nuevo año, en enero de 2023, nuestra protagonista cierra una contratación con tres joyerías. Estas joyerías venden piezas, pero no reparan y acuerdan que sea nuestra amiga quien realice los trabajos de restauración o reparación que les lleguen.

Como consecuencia de las nuevas cuentas de cliente, la orfebre revisa al alza su previsión de rendimientos y en marzo de 2023, con efecto 1 de abril, cambia el tramo de cotización de la tabla general del tercero (rendimiento hasta 1.700.-€uros) al quinto (rendimiento desde 1.851.-€uros) Es un incremento de rendimiento mensual de 151.-€uros. Para el ejercicio 2023 supone pasar de un tramo con base mínima de 960.78-€uros (máxima 1.700.-€uros) a un tramo con base máxima 2.030.-€uros (mínima 1.029,41.-€uros).

En mayo, la orfebre presenta ya una graciosa barriguita y los patriarcales joyeros, al verla, desconfían de su capacidad de trabajo en tal estado de buenaventura, de modo que deciden derivar gran parte de las reparaciones a otra orfebrería. Nuestra orfebre, ignorante de lo anterior, inmersa en su embarazo y en su trabajo, ve con preocupación que sus previsiones de ingresos parecen no cumplirse. La campaña navideña no se presenta muy boyante; además, va a coincidir con su parto. De modo que, en diciembre de 2023 asume que sus rendimientos no van en la línea de lo esperado y notifica un nuevo cambio de base de cotización, esta vez, a la baja, que tendrá ya efectos 1 de enero del año siguiente.

En diciembre nuestra autónoma ha dado a luz a un precioso retoño. Solicita la prestación por nacimiento. La Seguridad Social le reconoce la prestación, toma sus bases de cotización desde abril hasta noviembre, calcula la base reguladora y procede a su abono. Estas bases, como sirven para el cálculo del importe de la prestación, están exentas de regularización, son definitivas.

En julio de 2024, la flamante mamá recibe un requerimiento de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. Debe personarse y presentar la documentación acreditativa de sus rendimientos de los años 2021-2022 y 2023. No se aprecia un incremento de rendimientos que justifique su aumento de base de cotización de efecto 1 de abril de 2023. Por lo tanto, la Inspección presume fraudulento ese incremento y propone la sanción de pérdida por seis de meses de la prestación por nacimiento, lo que significa su pérdida total.

A falta de un mayor rendimiento ¿cómo podrá la orfebre enervar la presunción de fraude? Creemos que aportar los contratos suscritos con los joyeros debería ser suficiente para ello. Sin embargo, tenemos serias dudas de que la Inspección comparta este criterio.

Supongamos, ahora, que nuestra orfebre lo que alega y acredita es que un derrumbe en su local de trabajo, ha sido la causa de la desviación en su previsión de rendimientos. Podemos imaginar casos muy polémicos para el futuro.

Por otra parte, más dudoso nos parece que se vaya a poder seguir aplicando el mecanismo de fraude de ley, en los casos en los que el rendimiento definitivo quede en el mínimo de su tramo y las bases tenidas en cuenta para determinar el importe de la prestación hayan sido cotizadas en el máximo de ese mismo tramo.

Para ilustrar lo anterior, volvamos a nuestra orfebre. Pensemos ahora que su aumento de base efectuado con efecto 1 de abril no implica un cambio de tramo. Simplemente pasa de cotizar por la base mínima del tramo 3 de la tabla general (960.78.-€uros en 2023), a cotizar por la base máxima de ese mismo tramo 3 (1.700.-€uros) Sabemos que finalmente este es el tramo de cotización que quedó confirmado como definitivo una vez conocidos los rendimientos reales del ejercicio. ¿Podrá sostenerse en esta situación la presunción de fraude de ley? Creemos que no, aunque tampoco en esto esperamos la conformidad de la Inspección de Trabajo de la Seguridad Social. Ya vimos el caso tratado por la STSJ de Cataluña 5075/2021, de 21 de octubre, en el que el aumento de base fue desde los 919,80.-€uros hasta los 1.700.-€uros y recordemos que la sanción por fraude de ley fue confirmada.

Lo cierto es que el esquema no varía respecto al que se venía utilizando. Técnicamente, la actual norma habilitante para modificar la base de cotización podrá seguir siendo considerada una norma de cobertura para la comisión del fraude. Pero parece que el establecimiento de tramos habrá de tener algún efecto sobre la consideración de existencia de fraude. Ahora existe un deber de cotizar dentro de un tramo determinado. No vemos espacio para la apreciación de fraude de ley, dentro del cumplimiento de este deber.

Entendemos que, siempre que se haya establecido la base dentro del tramo que resulte definitivo, debería ser vetada la presunción de existencia del fraude. Ya no se trata de una opción, sino de una obligación. Y esto aún cuando, dentro del tramo, el rendimiento definitivo sea el mínimo y la base de cotización se haya aumentado hasta la máxima, insistimos, dentro del tramo confirmado por los rendimientos definitivos.

EL GESTOR ADMINISTRATIVO

Trataremos, ahora, de examinar el papel del Gestor Administrativo frente a la problemática estudiada.

El Gestor Administrativo no sólo debe conocer a la perfección la normativa que regula los procesos que, en el ejercicio de su profesión, lleva a cabo en pos de sus clientes. Además, debe conocer la forma en la que las Administraciones Públicas interpretan y aplican esa normativa.

Con un vistazo ligero y superficial de la legislación, sería fácil caer en el error de pensar que no existe ningún problema en subir la base de cotización, pocos meses antes del parto, de una trabajadora autónoma embarazada, puesto que existe una norma legal que lo permite.

Pero, al Gestor Administrativo hay que exigirle algo más que un somero conocimiento. Podríamos decir que, algo más que diligente, su actuación debe ser profesional, concienzuda, responsable y guiada por la prudencia. Una diligencia cualificada, en tanto profesional que es.

Como consideración previa, recordemos que frente al cliente siempre existe el deber de información por parte del Gestor Administrativo. Y de una forma más destacada, aún, en toda clase de actuaciones que puedan dar lugar a la posibilidad de imposición de sanciones. En estos casos, se hace absolutamente imprescindible facilitar al cliente una información clara y pormenorizada, así como recabar su firma, no sólo respecto al mandato, sino también respecto a la información recibida. No se trata tanto de buscar la exoneración de responsabilidad del Gestor diligente, que también. Sino de que el cliente tome su decisión de manera informada y consecuente.

Siendo el Gestor conocedor de la aplicación sistemática de Inspección por fraude a esta clase de aumentos de la base de cotización, debe informar de ello a quien le requiriera este tipo de actuación.

Ya dijimos que la prudencia debe ser una de las acompañantes del Gestor Administrativo en el desarrollo de su profesión. Tras la entrada en vigor del nuevo sistema de cotización por tramos de los trabajadores autónomos, parece conveniente aguardar a ver cómo actúa, en adelante, la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social

Sabemos que si al elegir la base de cotización provisional nos desviamos en la previsión de rendimientos respecto a los rendimientos definitivos, no vamos a tener consecuencias sancionadoras. Simplemente se procederá a una regularización, sin más.

Pero, también sabemos que la cuestión cambia si por el camino hemos causado derecho a alguna prestación cuyo importe se vea incrementado por efecto del cambio de base de cotización y que las bases tenidas en cuentas para la cuantificación de la prestación son definitivas y están excluidas de regularización.

De modo que, a nuestro juicio, el Gestor Administrativo deberá seguir siendo exigente respecto a la existencia de una circunstancia fehacientemente acreditable que pueda justificar a ojos de la Inspección el aumento de la base.

Otra situación en la que el Gestor Administrativo puede desarrollar su acción es en la gestión del procedimiento de inspección. Ya se trate de un aumento de base gestionado por él mismo, o por un tercero, ante la apertura de una inspección, la trabajadora autónoma inspeccionada podrá acudir en busca de la asistencia de una Gestoría Administrativa.

En tal caso, es preciso recordar que nos encontramos ante una rama del derecho administrativo especial. En materia de Seguridad Social el procedimiento sancionador encuentra su propia regulación en el capítulo VIII de la LISOS.

Es muy importante prestar atención a dar respuesta, en plazo, a los requerimientos de comparecencia o de documentación que se puedan recibir.

Los hechos recogidos en las Actas de Infracción gozan de presunción de veracidad. No así la valoración de los hechos que realice el inspector. El Gestor Administrativo tratará de formular alegaciones y desvirtuar esta presunción con los medios de prueba a su alcance admitidos en derecho.

Si la finalización del expediente se produce con resolución sancionadora el Gestor Administrativo podrá interponer reclamación previa a la vía jurisdiccional. Éste es el último cartucho del Gestor Administrativo para intentar que su cliente salga airoso del procedimiento sancionador. En caso de confirmarse la resolución sancionadora y si se quiere sostener su impugnación, sólo queda la opción de acudir a la vía jurisdiccional. Entonces, ya habría que solicitar la asistencia, no de un Gestor Administrativo, sino de un Abogado.

EL CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS DE GESTORES ADMINISTRATIVOS

Queremos ahora abordar qué papel pueden desempeñar los Colegios de Gestores Administrativos, fundamentalmente por mediación de su Consejo General, frente a la problemática objeto de nuestro trabajo.

A lo largo de estas páginas hemos visto cómo se corrige una situación de abuso a través de lo que podría parecer una puerta trasera del ordenamiento jurídico: la doctrina del fraude de ley.

A nuestro entender, es preciso que la Administración Pública aborde la cuestión de frente y articule un régimen normativo capaz de regular de manera clara y precisa la forma en la que la mujer trabajadora autónoma en estado de gestación pueda elevar su base de cotización y sus efectos, sin poner en riesgo su protección por maternidad.

Creemos que, para atajar el fraude, es posible articular mecanismos menos confusos y menos expuestos a la arbitrariedad, que el actual recurso a la doctrina del fraude de ley y su juego de presunciones (presunción de fraude, presunción de veracidad).

Quizás podría aumentarse el periodo de cotización que se tiene en cuenta para la determinación del importe de la prestación por nacimiento. O tal vez, puedan limitarse expresamente los efectos del aumento de base de cotización de la trabajadora autónoma gestante sobre el importe de su prestación por nacimiento de hijo. En definitiva, creemos que pueden existir otras fórmulas que contribuyan a construir un escenario más estable en esta cuestión.

Es en este ámbito en el que creemos que los Colegios de Gestores Administrativos pueden desempeñar un importante papel. Los Gestores Administrativos, sus Colegios y su Consejo General atesoran miles de experiencias que constituyen una contribución de máximo valor en la búsqueda de respuestas a esta y otras cuestiones.

Además de este acervo de experiencias profesionales, la posición del Consejo General y de los Colegios de Gestores Administrativos como interlocutores privilegiados y colaboradores directos de la Administración Pública nos anima a sugerir que éstos pueden ser definitivos en el alumbramiento de soluciones para esta y otras problemáticas.

CONCLUSIONES

Consideramos que el recurso al fraude de ley debería ser un mecanismo residual del ordenamiento jurídico para corregir deficiencias. Creemos que cuando el legislador toma conocimiento de esas lagunas, viene obligado a encararlas de frente y regular una respuesta expresa.

No nos parece que el nuevo sistema de cotización de los trabajadores autónomos por tramos vaya a tener consecuencias sustanciales sobre la aplicación sistemática de la presunción de fraude en la prestación por parto, mediando un aumento de la base de cotización previo al parto. A lo sumo, quizás podría dejar de activarse esta presunción en aquellos casos en los que la modificación haya quedado dentro del tramo de la base de cotización definitiva.

La difícil conciliación de los intereses públicos y privados no puede ser ajena a los principios fundamentales que han de inspirar las normas y su aplicación.

La protección de la familia, la maternidad, la igualdad de la mujer, la proporcionalidad de las sanciones, entre otros, son principios que deberían inspirar esta materia.

Es preciso articular un mecanismo de lucha contra el fraude que no colisione tan violentamente como el actual con algunos de los principios fundamentales que han de regir e inspirar la actividad de las Administraciones Públicas.

La pérdida total de la prestación por nacimiento y cuidado de menor como sanción de extrema severidad, debería quedar reservada para las situaciones fraudulentas más graves.

La maternidad es, probablemente, el único hecho causante de prestación que puede conocerse de forma cierta antes de su producción. Esta característica diferenciadora y la especial relevancia del interés protegido justifican el tratamiento diferenciado y su regulación en una normativa específica.

De igual modo que se ha desarrollado una normativa específica sobre la prestación por nacimiento de hijo, consideramos oportuno que la ley desarrolle un sistema especial de infracciones y sanciones de forma explícita para esta prestación, que la sustraiga de la aplicación del sistema de presunciones de fraude, que termina con su pérdida total.

Hoy día, se nos hace difícilmente aceptable que la natural previsibilidad de la maternidad pueda suponer un perjuicio en el tratamiento de su cobertura social. En la actualidad, la maternidad no es ya un hecho previsible, sino que además, en muchas ocasiones, es un hecho previsto que responde a una planificación familiar.

No nos parece aceptable que se trate a la maternidad en el mismo plano que a una enfermedad o a un accidente imprevisible. Presumir fraudulento el aumento de la base de cotización de la trabajadora autónoma embarazada en base a esta previsibilidad supone la asunción de un arcaico concepto de la maternidad, contrario a los principios rectores del estado democrático, social y de derecho, que debe ser superado.

Creemos que el advenimiento de un hijo al mundo es en sí mismo motivo suficiente para que una mujer busque mayor cobertura y protección social. Un hogar con un bebé necesita una mayor protección que un hogar sin él. La madre debe poder aumentar su base de cotización, si es su deseo, sin poner en riesgo su prestación por nacimiento.

El volumen de rendimientos no debería alzarse como el indicativo principal para justificar el incremento de la base de cotización de la trabajadora autónoma embarazada. Más aún cuando el embarazo y el parto constituyen una circunstancia que en la mayoría de casos afectará a la baja al rendimiento de la mujer, por motivos obvios.

Creemos que la reforma, en vigor desde el 1 de enero de 2023, del régimen de cotización de los trabajadores autónomos brinda una oportunidad para resolver de otro modo este problema que, de momento, ha sido desaprovechada.

A nuestro juicio, el legislador viene obligado a abordar esta problemática y articular los mecanismos legales que de forma expresa regulen y delimiten esta cuestión sin dejarla al arbitrio de las inspecciones. Es necesario establecer un régimen claro que evite el fraude. Pero al mismo tiempo es necesario regular el modo en el que las mujeres autónomas embarazadas puedan modificar su base de cotización sin temor a perder su prestación por nacimiento de hijo.

El Consejo General de Colegios de Gestores Administrativos, desde su posición de interlocutor privilegiado de la Administración, puede influir en la consecución de este régimen regulador, expreso y franco que propugnamos.

UNA PROPUESTA

Hemos vertido a lo largo de este trabajo severas críticas al sistema actual de control del fraude en relación a la subida de bases de cotización y el incremento del importe de la prestación por nacimiento.

Hemos considerado, también, una oportunidad perdida la reciente reforma del sistema de cotización de trabajadores autónomos por tramos para abordar esta problemática.

Parece de justicia que debamos concluir este trabajo con el esfuerzo, aunque sea aventurado, de sugerir una solución al fraude, menos agresiva con el principio de igualdad y el mandato de protección a la mujer y a la maternidad.

Como hemos visto, la reforma de las cotizaciones de trabajadores autónomos que ha tenido entrada en vigor el 1 de enero de 2023 refrenda y consolida de forma evidente la vinculación del importe de la base de cotización con el importe de los rendimientos.

Creemos que sería deseable establecer en la norma unas reglas que doten de mayor seguridad jurídica y menor discrecionalidad al mecanismo destinado a atajar el fraude, en relación al aumento de la base de cotización previo a la prestación por nacimiento.

La propuesta que nos aventuramos a sugerir consistiría en un cambio legislativo en orden a establecer en la norma un criterio claro que determine que, si el aumento de cotización se mantiene dentro del tramo confirmado por los rendimientos definitivos, no podrá ser objeto de presunción de fraude. El fraude ya no tendría en consideración la mera subida de la base de cotización, sino que atendería sólo a los casos de ascenso de de tramo de cotización.

Para los casos que no queden comprendidos en la exclusión propuesta, se contemplaría el ejercicio de una opción por parte de la beneficiaria. Al respecto de cómo articular el ofrecimiento de esa opción, se nos ocurren dos posibilidades:

1. En la resolución.

Sugerimos que, por Ley, podría establecerse, para estos casos, que la resolución de otorgamiento de la prestación será parcial. La resolución no entraría en la determinación del importe. Para ello se habilitaría un nuevo procedimiento, en el que la solicitante deberá elegir una opción dentro de un plazo que habría de ser muy breve.

Sería necesario regular un nuevo contenido en la notificación. Este contenido consistiría en advertir de oficio a la beneficiaria de que el tramo de cotización que afecta al periodo tomado en cuenta para el cálculo de la prestación ha sufrido una modificación al alza y que podrá ser objeto de inspección. Igualmente se advertiría de que, si como resultado de la inspección, no se considera acreditada una causa que justifique el cambio al tramo superior, esto comportará la sanción de pérdida de la prestación por seis meses.

Entonces, se daría un plazo para que la beneficiaria pueda optar por el periodo de cotización a tener en cuenta para el cálculo de la prestación.

Podría optar por mantener el cómputo común de la base de cotización de los seis meses anteriores al hecho causante. Esto implicaría su asunción consciente e informada del deber de acreditar, en caso de inspección, una causa justificativa del cambio de tramo de cotización, con riesgo de pérdida de la prestación.

O bien, podría optar por que el cómputo se hiciera sobre las bases de cotización de los seis meses anteriores a la elevación del tramo de cotización. De este modo las bases de cotización incrementadas no computarían a efectos de su prestación y quedaría a salvo de la sospecha de fraude.

Si transcurrido el plazo, no se hubiera comunicado la opción por parte de la solicitante, la administración resolvería calculando la prestación por el periodo establecido con carácter general (cotizaciones de los seis meses previos al hecho causante).

2. En la solicitud.

Otra posibilidad, pero con el mismo esquema, sería anticipar el ejercicio de esta opción que sugerimos, al momento de la solicitud.

En la solicitud se preguntaría a la solicitante si ha subido de tramo de cotización en los nueve meses precedentes al parto. En caso afirmativo, se habilitaría en el formulario una sección específica para estos supuestos. Igual que planteábamos anteriormente, se haría constar en esta sección la advertencia de que debido a la existencia de un ascenso en el tramo de cotización que afecta al cálculo del importe de la prestación, es posible que sea obligada al reintegro íntegro de la prestación, si en caso de inspección no se considera acreditada alguna circunstancia justificante del ascenso de tramo. La solicitante ejercitaría su opción en el momento de solicitar la prestación, de forma consciente e informada plenamente de las potenciales consecuencias de su decisión.

En todo caso, se mantendría la regla de que las bases de cotización tenidas en cuenta para la determinación del importe de la prestación, devienen definitivas y quedan excluidas de regularización.

Ciertamente, sería un procedimiento algo más complejo y lento, en perjuicio del administrado. Pero, en cambio, creemos que aporta mayor información y mayor seguridad jurídica. La lucha contra el fraude resultaría menos agresiva con los principios rectores de la actividad de las Administraciones Públicas. Consideramos de extrema gravedad la sanción de pérdida total de la prestación, por la quiebra que supone de estos principios inspiradores. Que esta sanción quede reservada para los más severos casos de abuso nos parece que puede suponer un mayor equilibrio entre la protección del interés general frente al fraude y el respeto a los valores y principios rectores de la actividad pública.

No puede negarse, que un procedimiento de estas características podría suponer un aluvión de aumento de las bases de cotización de trabajadoras autónomas gestantes, dentro de su tramo. No vemos un grave inconveniente en ello. Después de todo, la beneficiaria recibe su prestación con arreglo a lo cotizado dentro de un tramo que le es obligado. La beneficiaria habría cotizado dentro del tramo en el que tiene el deber de cotizar. Aún produciéndose un cambio desde la base mínima, hasta la base máxima de ese mismo tramo, no parece admisible que esto pudiera llegar a derivar en la pérdida total de la prestación.

BIBLIOGRAFIA

Bordano Barea, J.B. (1.961). *Dictamen Sobre Abuso de Derecho y Fraude de Ley*. En AA.VV. *Anuario de Derecho Civil. Fascículo 3*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

De Castro y Bravo, F. (1.991). *Derecho Civil de España*. Civitas.

López Insúa, B. d M. (2018), *Maternidad y Seguridad Social: Planteamiento General y Perspectiva de Conjunto*. En Sánchez Trigueros, C. (Dir.), *Un Decenio de Jurisprudencia Laboral Sobre la Ley de Igualdad Entre Hombres y Mujeres. Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Maguregui Salas, I.(1.995). *El fraude de Ley en Derecho Interregional*. Estudios de Deusto. Vol. 43

O'Callaghan, X. (1.985). *Compendio de Derecho Civil*. Editorial Universitaria Ramón Areces.

Otero Navas, A. (2.012) *T.F.G. La Maternidad en la Evolución de la Seguridad Social a lo Largo del Siglo XX*. Universidad de Valladolid. Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación.

Pastor Ridruejo, J.A. (1.996) *El fraude de Ley en el Derecho Interregional Español*. Revista Española de Derecho Internacional Privado. Vol. XIX. N°1

Santamaría Sogors, E. (2.018) *T.F.G. La Prestación por Maternidad, su Evolución y la Aparición de Nuevos Casos*. Universidad de Alicante. Facultad de Derecho.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL	NUMERO SENTENCIA	AÑO	FECHA
T. Constitucional	37	1987	26 de marzo
T. Constitucional	120	2005	10 de mayo
T. Constitucional	22	2011	14 de marzo
T. Supremo	3584	1995	19 de junio
T. Supremo	746	2003	6 de febrero
T. Supremo	Rec. 6/2004	2005	14 de marzo
T. Supremo	1503	2016	22 de junio
T. Supremo	489	2022	31 de mayo
T.S.J. de Aragón	858	2007	26 de septiembre
T.S.J. de C.Valenciana	327	2010	2 de febrero
T.S.J. de C.Valenciana	211	2020	21 de enero
T.S.J. de Cataluña	5075	2021	15 de octubre
T.S.J. de Cataluña	8601	2012	21 de diciembre
T.S.J. de La Rioja	34	2019	28 de febrero
T.S.J. de Madrid	795	2015	10 de noviembre
T.S.J. de Madrid	1158	2020	11 de diciembre
T.S.J. de Navarra	85	2016	16 de febrero
T.S.J. de País Vasco	2013	2015	27 de octubre
T. Supremo Auto de 13 de Septiembre de 2017, Rec. 1601/2017			