nº 33 (4º Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El incremento de la base de cotización al régimen especial de trabajadores autónomos en un momento inmediatamente anterior al hecho causante para lucrar prestaciones derivadas del embarazo más elevadas: "fraude y castigo"[1]

Increasing the contribution base to the special scheme for self-employed workers at a time immediately prior to the event giving rise to higher pregnancy benefits: "fraud and punishment"

Carmen Solís Prieto *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Extremadura*
https://orcid.org/0000-0002-1470-3378

Cita Sugerida: SOLIS PRIETO, C.: «El incremento de la base de cotización al régimen especial de trabajadores autónomos en un momento inmediatamente anterior al hecho causante para lucrar prestaciones derivadas del embarazo más elevadas: "fraude y castigo"». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 33 (2022): 125-134

Resumen

Este estudio tiene por objeto analizar el criterio adoptado por nuestro Tribunal Supremo sobre los efectos derivados del incremento fraudulento de la base de cotización en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en un momento inmediatamente anterior al hecho causante de prestaciones derivadas del embarazo con la finalidad de aumentar la cuantía de éstas ante un riesgo no previsible, sino cierto. Los distintos pronunciamientos recaídos sobre esta materia en suplicación oscilan entre dos posturas: por un lado, la procedencia de la pérdida de las prestaciones y la devolución de las cantidades percibidas y, por otro, el reintegro de la diferencia entre la prestación calculada conforme a la base mínima por la que se venía cotizando y la que efectivamente se percibió y que fue calculada con arreglo a una base más elevada por la que se cotizó tras el incremento producido en el período inmediatamente anterior al hecho causante, cuando ya se conocía el estado de gestación.

Palabras clave

Régimen Especial de Trabajadores Autónomos; incremento de base de cotización; prestaciones derivadas del embarazo; fraude; infracción; sanción

Abstract

This study aims to analyze the criterion adopted by our Supreme Court on the effects derived from the fraudulent increase of the contribution base in the Special Regime of Self-Employed Workers at a time immediately prior to the event causing benefits derived from pregnancy in order to increase the amount of these in the face of a risk that is not foreseeable, but true. The various pronouncements on this subject at the request of the petitioner vary between two positions: on the one hand, the origin of the loss of benefits and the reimbursement of the amounts received and, on the other, the reimbursement of the difference between the benefit calculated according to the minimum base for which it was being paid and that which was actually received and which was calculated on a higher basis for which it was paid after the increase occurred in the period immediately preceding the causal event, when the state of pregnancy was already known.

Keywords

Special scheme for self-employed workers; increase in the contribution base; pregnancy benefits; fraud; infringement; penalty

[1] Trabajo derivado de la estancia de investigación desarrollada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla al amparo de la ayuda concedida por la Universidad de Extremadura para la recualificación del Sistema Universitario Español para 2021-2023, en su modalidad de recualificación del profesorado universitario funcionario o contratado (150247_RP-06).

Fecha Recepción: 22/9/2022 - Fecha Revisión: 23/9/2022 - Fecha Aceptación: 24/9/2022
Pags. 125-134

1. LA FACULTAD DE ELECCIÓN DE LA BASE DE COTIZACIÓN EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS: LA DELGADA LÍNEA ENTRE LA LICITUD Y EL FRAUDE

Sin perjuicio del nuevo sistema de cotización para los trabajadores autónomos establecido por el Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio[2], que basa la cotización de éstos en los ingresos reales derivados del trabajo por cuenta propia desarrollado[3] y que entrará en vigor el próximo día 1 de enero de 2023 (disposición final 5ª), el rasgo que ha venido caracterizando la cotización a nuestro Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) es la facultad de elección de la base[4], lo que supone "un elemento distorsionador del sistema"[5]. Así, estos trabajadores, con independencia de su edad, podrán elegir una base de cotización que pueda alcanzar hasta el 220% de la base mínima de cotización que cada año se establezca para este régimen especial (artículo 310 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social[6] (en adelante, TRLGSS)]. Mediante solicitud a la Tesorería General de la Seguridad Social, de forma simultánea a la solicitud de alta en este régimen especial y dentro del plazo establecido para formular ésta, pueden determinar la base de cotización dentro de los límites comprendidos entre las bases mínima y máxima establecidas anualmente por la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado[7], surtiendo efectos desde el momento en que nazca la obligación de cotizar y pudiendo ser modificada posteriormente hasta cuatro veces al año por elección de otra, siempre respetando los mencionados límites (artículo 43 y 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[8]). Como puede comprobarse, el RETA "no discrimina entre los distintos niveles de ingresos profesionales que puede llegar a percibir un trabajador por cuenta propia, a diferencia de lo que sucede para los trabajadores asalariados, cotizantes en proporción a la cuantía de su salario", siendo la libertad de aquél "[e]l régimen que preside la determinación de la base de cotización […], sólo limitada por las cuantías máximas y mínimas que anualmente se establecen para ella"[9]. Esta peculiaridad no sólo ha conllevado que cerca de un 80% de los trabajadores encuadrados en el RETA opten por la base mínima de cotización, sino que lo ha convertido en "un régimen deficitario, cuya sostenibilidad […] depende de las aportaciones de otros regímenes", como bien señala la Exposición de Motivos del citado Real Decreto-ley 13/2022.

Esta posibilidad de novar las cotizaciones, en principio perfectamente legal y que se justificaría, conforme a la lógica, en la incertidumbre y variabilidad de los ingresos obtenidos por el trabajador autónomo, sin embargo, en base a su absoluta permisividad y a su incidencia sobre futuras prestaciones, favorece comportamientos nada acordes con el principio contributivo que informa

[2] Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad (BOE núm. 179, de 27 de julio de 2022).

[3] Cervilla Garzón, M. J.: "La financiación de los regímenes especiales de trabajadores autónomos", *Temas Laborales*, núm. 81, 2005, p. 261, realiza un magnífico repaso de los sectores doctrinales que, hace más de veinte años, ya proponían que la cuantía de la base de cotización en el RETA se calculase en función del volumen real de ingresos del trabajador.

[4] Sáez Lara, C.: "Sostenibilidad del sistema de protección social de los trabajadores autónomos", en Gómez Muñoz, J. M. (dir.): *El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas*, Bomarzo, Albacete, 2019, p. 462, señala que en el RETA existe un "sistema flexible de cotización a la carta".

[5] Ribes Moreno, M. I.: "La necesaria reformulación del sistema de cotización de régimen de autónomos: una reflexión al hilo de las últimas novedades legislativas y perspectivas comparadas", en Gómez Muñoz, J. M. (dir.): *El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas*, Bomarzo, Albacete, 2019, p. 495.

[6] BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

[7] Actualmente, según dispone para el RETA el artículo 106.seis.1 de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021), la base mínima de cotización es de 960,60 euros mensuales, mientras la máxima asciende a 4.139,40 euros mensuales.

[8] BOE núm. 22, de 25 de enero de 1996.

[9] Cervilla Garzón, M. J.: "La financiación de los regímenes especiales de trabajadores autónomos", ob. cit., p. 261.

nuestro sistema de Seguridad Social, haciendo mella en su viabilidad y eficacia[10]. De esta forma, en no pocas ocasiones, está opción se ha venido utilizando de forma fraudulenta para incrementar anticipadamente la base de cotización y así poder lucrar prestaciones más elevadas asociadas, por ejemplo, al embarazo, al nacimiento de hijo o a intervenciones quirúrgicas programadas, al tener conocimiento de que el hecho causante de las mismas estaba próximo a acaecer sin que se constatase un aumento de los ingresos del trabajador autónomo que justificase dicha variación de la base. Eso es lo que "antiguamente se venía identificando como compra de pensiones injusta, desprovista de todo signo de aleatoriedad, característico del régimen de protección del sistema de la Seguridad Social, en donde la contribución al mismo se realiza al margen de que las contingencias puedan o no causar pero a sabiendas de que éstas, de producirse, generarán derechos económicos"[11].

Esta situación no ha tardado en ser calificada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como infracción muy grave en base a su carácter fraudulento [artículo 26.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social[12] (en adelante, TRLISOS)], de lo que podría desprenderse no sólo la pérdida de la prestación durante un período de seis meses [artículo 47.1.c) TRLISOS], lo que, estando ante prestaciones de corta duración, determinará a la postre la propia extinción del subsidio que se venía percibiendo, sino también el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas (artículo 47.3 TRLISOS) a consecuencia del incremento de la base de cotización justo antes de solicitar la prestación.

Frente a lo previsto en el TRLISOS, que, como ya se ha adelantado, califica en su artículo 26.1 como infracción muy grave "[a]ctuar fraudulentamente con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan", hay quien ha visto en el precepto del TRLGSS referido a la pérdida o suspensión del derecho al subsidio de nacimiento o cuidado de menor (artículo 180) una base sobre la que fundamentar efectos menos contundentes que la pérdida de la prestación durante un período de seis meses, pues éstos últimos sólo se refieren a que la pérdida o suspensión de la prestación serán las consecuencias de una actuación fraudulenta tendente a obtener o conservar una prestación. En tanto este artículo no hace referencia expresa a esta suerte de actividad fraudulenta consistente en la elevación de la base de cotización por parte del trabajador autónomo inmediatamente antes de la actualización de un riesgo conocido y cierto para él, cabría plantearse si la pérdida o suspensión del subsidio se limitaría exclusivamente al supuesto de verificación de una de las actuaciones fraudulentas basadas en las motivaciones allí previstas (obtención o conservación de la prestación) o si, por el contrario, debería también extenderse a todos aquellos supuestos de percibo de una prestación en una cuantía más alta de la que correspondería, a consecuencia de un incremento de la base de cotización por parte del trabajador autónomo en un momento inmediatamente anterior a la verificación de un hecho causante que, por su origen, se tiene certeza de que se va a producir.

Llegados a este punto, en base a la disyuntiva anteriormente planteada, la cuestión giraría en torno a la cuestión de si realmente esa conducta debería ser sancionada y a los efectos que se derivarían de esa eventual actuación fraudulenta del trabajador autónomo, siendo especialmente importante en este caso la cuestión, no menor, de qué debe entenderse por cantidad indebidamente percibida: ¿sólo las cantidades derivadas de la sanción que excedieran del cálculo de la prestación sobre la base mínima, no pudiendo perderse, por tanto, la prestación calculada conforme a la base mínima, o la cuantía total del subsidio percibido? A darle respuesta a todas estas cuestiones se dedicarán las líneas que siguen.

[10] STS (Social) de 27 de febrero de 2012 (recurso de casación para la unificación de doctrina número 1563/2011).
[11] STSJ de Madrid (Social) de 10 de noviembre de 2015 (recurso de suplicación número 315/2015).
[12] BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2000.

2. ANTECEDENTES DE HECHO DE LA STS (SOCIAL) DE 31 DE MAYO DE 2022: LA DEVOLUCIÓN DE LA CUANTÍA TOTAL DE LAS PRESTACIONES PERCIBIDAS CALCULADAS CONFORME A LA BASE DE COTIZACIÓN INCREMENTADA INMEDIATAMENTE ANTES DE SU HECHO CAUSANTE CUANDO SE APRECIA FRAUDE EN DICHA CIRCUNSTANCIA

La resolución judicial objeto de análisis trae causa en el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por una trabajadora autónoma contra la STSJ (Social) de la Comunidad Valenciana de 23 de octubre de 2018 (recurso de suplicación número 2882/2017) en materia de prestación por maternidad.

El periplo judicial, tras la pertinente reclamación administrativa previa, comenzó en el año 2014. Tras haber disfrutado de una prestación por riesgo durante el embarazo durante los últimos tres meses del mismo, a la trabajadora se le reconoció la prestación por maternidad en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social con fecha de efectos 27 de noviembre de 2013. Ha de señalarse que la base reguladora diaria reconocida para el cálculo de dicha prestación ya fue impugnada por la trabajadora, que vio desestimada su pretensión tanto en vía administrativa como en vía judicial. Pocos días después del reconocimiento de la prestación por maternidad, la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social remitió oficio a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Castellón solicitando que se realizaran las comprobaciones oportunas debido a las sospechas que, sin que constara un aumento de sus ingresos, generaba el incremento por parte de la trabajadora de la base de cotización. Así, pasó, de la base mínima (858,60 euros[13]), por la que optó más de un año antes al causar alta en el RETA a consecuencia del desarrollo de tareas de comercial como autónoma, a otra bastante superior (2.700 euros), cuando ya se encontraba en estado de gestación (2 meses aproximadamente), circunstancia de la que, sorprendentemente, la trabajadora sostenía no tener conocimiento en el momento del incremento de la base de cotización. De aquellas indagaciones se derivó la correspondiente acta de infracción, en la que se proponía la extinción de la prestación reconocida y el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas, al considerar que se había actuado fraudulentamente para obtener prestaciones superiores a las que corresponderían mediante el incremento de la base de cotización justo antes de solicitar la primera prestación disfrutada, lo que, en base al artículo 26.1 TRLISOS, debía ser calificado como infracción muy grave. Haciendo suya la propuesta de la Inspección, el Instituto Nacional de la Seguridad Social incoó expediente sancionador y dictó resolución confirmando la sanción propuesta de extinción de los subsidios percibidos y el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas, cuyo importe alcanzaba el total de las prestaciones de riesgo durante el embarazo y maternidad que le fueron abonadas[14].

Ante este panorama, la trabajadora interpuso demanda tanto contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social como contra la Tesorería General de la Seguridad Social, por lo que a la prestación de maternidad se refería, y, adicionalmente, contra la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social a cuyo cargo había venido percibiendo la prestación de riesgo durante el embarazo. Solicitaba la calificación de la percepción de ambas prestaciones como conforme a Derecho, alegando dos circunstancias: que el incremento de la base de cotización llevado a cabo se fundamentaba en un aumento de los ingresos derivados de la actividad por cuenta propia desarrollada, circunstancia sobre la que no se practicó prueba alguna, y que no conocía su estado de gestación en dicho momento. Subsidiariamente, su pretensión estaba constituida por la declaración de la procedencia de las dos

[13] Cuantía entonces vigente en base al artículo 113.cinco.1 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 (BOE núm. 312, de 28 de diciembre de 2012).

[14] Sobre el procedimiento de suspensión cautelar y de imposición de sanciones por infracciones muy graves a los solicitantes o beneficiarios de prestaciones del Sistema de Seguridad Social, *vid.* artículo 38 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (BOE núm. 132, de 3 de junio de 1998).

prestaciones recibidas pero calculadas con la base mínima de cotización vigente en el momento, de lo que se derivaría la devolución sólo de la parte de las prestaciones que excediera del cálculo llevado a cabo conforme a la mencionada base mínima.

La sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Castellón de la Plana el 22 de junio de 2017 (resolución número 255/2017), desestimó totalmente su pretensión. Pero la trabajadora, lejos de aquietarse, interpuso, primeramente, recurso de suplicación, que fue igualmente desestimado por la STSJ de la Comunidad Valenciana (Social) de 23 de octubre de 2018 (recurso de suplicación número 2882/2017) y, con posterioridad, recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como resolución de contraste la STSJ de Navarra (Social) de 16 de febrero de 2016 (recurso de suplicación número 467/2015). Dicho recurso, de la misma manera, fue desestimado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 31 de mayo de 2022 (recurso de casación para la unificación de doctrina número 290/2019), cuyo ponente fue el Magistrado D. Ángel Blasco Pellicer. El análisis de la controversia planteada en las mismas constituye el objeto de este trabajo.

3. POSICIONAMIENTO ADMINISTRATIVO Y JUDICIAL EN TORNO A LOS EFECTOS DERIVADOS DEL CARÁCTER FRAUDULENTO DEL INCREMENTO DE LA BASE DE COTIZACIÓN A SOLICITUD DE LA TRABAJADORA AUTÓNOMA INMEDIATAMENTE ANTES DE LA MANIFESTACIÓN DEL HECHO CAUSANTE

La cuestión relativa a la calificación como fraudulenta o no del incremento de la base de cotización a solicitud de los trabajadores autónomos en un momento inmediatamente anterior a la manifestación del hecho causante y los efectos derivados de dicha circunstancia, ha venido siendo objeto de controversia desde hace tiempo, señaladamente por lo que hace al caso de las trabajadoras autónomas embarazadas que llevan a cabo dicha modificación al alza pocos meses antes del nacimiento del hijo que esperan.

A nivel administrativo, como ya se ha adelantado, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, haciendo suyo el criterio también manifestado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social[15], siempre ha defendido que, sin perjuicio de que esa situación está prevista en nuestro ordenamiento jurídico para poder adecuar al nivel de ingresos de cualquier trabajador autónomo la base de cotización de cada momento, la opción de éste por una base más elevada, normalmente la máxima, con el único objeto de incrementar todo lo posible la prestación que a ciencia cierta va a percibir, dado el previo conocimiento del hecho del que la misma se derivaría (en este supuesto, las prestaciones de riesgo durante el embarazo y de maternidad, actual prestación por nacimiento y cuidado de hijo, una vez conocido el estado de gestación, aunque también podría darse el caso de una prestación de incapacidad temporal ante una intervención quirúrgica programada) constituye un fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil[16]), debiendo ser calificada como infracción muy grave a tenor del artículo 26.1 TRLISOS[17], de lo que se derivaría la sanción consistente en la extinción de las prestaciones percibidas y la devolución total de las obtenidas (artículo 47.1 y .3 TRLISOS). Cabe, sin embargo, resaltar que, en alguna ocasión, el Instituto Nacional de la Seguridad Social ha pretendido, subsidiariamente, la limitación del derecho de la trabajadora autónoma al percibo de las prestaciones

[15] Así se desprende no sólo de las sentencias relacionadas con el caso [SJS número 4 de Castellón de la Plana de 22 de junio de 2017 (resolución número 255/2017) y STSJ de la Comunidad Valenciana (Social) de 23 de octubre de 2018 (recurso de suplicación número 2882/2017)], sino también en la STSJ de Aragón (Social) de 26 de septiembre de 2007 (recurso de suplicación número 727/2007) y la STSJ de Cataluña (Social) de 7 de febrero de 2020 (recurso de suplicación número 5907/2019), entre otras.

[16] Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.

[17] Cfr. con la STSJ de Navarra (Social) de 16 de febrero de 2016 (recurso de suplicación número 467/2015), en la que, salvo error en la transcripción, el Instituto Nacional de la Seguridad Social la califica como infracción grave.

en la cuantía correspondiente a la base mínima de cotización entonces vigente[18], lo que en nuestra opinión, como se verá, constituye un error.

A nivel jurisdiccional, por contra, los pronunciamientos han oscilado en ambas direcciones.

A favor de la calificación como fraudulenta de esta actuación por parte de la trabajadora autónoma en supuestos de estado de gestación conocidos y avanzados, de cuya sanción se derivaría la pérdida de la prestación y la calificación como prestación indebidamente percibida de todo lo cobrado y su correspondiente devolución, se han posicionado tanto la SJS núm. 4 de Castellón de la Plana de 22 de junio de 2017 (resolución número 255/2017) como la STSJ de la Comunidad Valenciana (Social) de 23 de octubre de 2018 (recurso de suplicación número 2882/2017). Como señala expresamente la última de las resoluciones citada, la razón en la que se justificaría la misma se halla en que una interpretación reduccionista, según la cual sólo la actuación fraudulenta para obtener o conservar el derecho a la prestación, pero no con la finalidad de incrementar la cuantía de ésta, permitiría denegar, anular o suspender las prestaciones de incapacidad temporal y maternidad no se desprende de los entonces vigentes artículos 132.1.a) y 133 *quinquies* TRLGSS en su versión de 1994[19]. Dichos preceptos "no contemplan términos medios en el supuesto […] de que la actuación fraudulenta tenga como finalidad la obtención de prestaciones superiores a las que correspondan", por lo que "[l]a propia conducta entendida como fraudulenta comporta el riesgo de que se detecte oportunamente y que, obviamente, no dé lugar a que el estado de cosas alterado se mantenga como si nada hubiera pasado, pues precisamente la norma prevé que el fraude, en el caso de radicar en el subsidio de maternidad, se entienda actuación que implique su extinción o pérdida".

Sin embargo, también hay resoluciones judiciales que, en la situación analizada, abogan por la mera limitación al percibo de las prestaciones en la cuantía correspondiente a la base mínima de cotización, como es el caso de la SJS núm. 4 de Pamplona con procedimiento número 193/2014 y de la STSJ de Navarra (Social) de 16 de febrero de 2016 (recurso de suplicación número 467/2015). Así, como señala esta última, "la redacción literal del artículo 133 *quinquies* TRLGSS, que establece la pérdida o suspensión del derecho al subsidio por maternidad, lo es como denegación, anulación o suspensión, cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para "obtener o conservar" dicha prestación", al igual que ocurre con "la redacción del artículo 132 TRLGSS […], referido al subsidio de incapacidad temporal"[20]. Por todo ello, según estas resoluciones, en tanto no se cumpliría el tipo para proceder a su sanción, por cuanto la infracción no consistiría en obtener o conservar indebidamente una prestación sino en que, cumpliendo todos los requisitos exigidos para el acceso a la misma (afiliación, alta, período de cotización cubierto y hecho causante), sólo se ha indebidamente incrementado la base de cotización, lo que procedería sería única y exclusivamente el abono de la prestación en función de la base mínima. De esta forma, no se beneficiaría de una prestación de cuantía más elevada derivada de un incremento injustificado de la base de cotización y, por ende, de la base reguladora de la misma, pero tampoco perdería el derecho a la prestación, pues la actuación fraudulenta en ningún caso perseguía obtener o conservar una prestación que no le correspondiese. Ahora bien, como puede sin dificultad colegirse, si los efectos derivados de esta conducta fraudulenta consistiesen sólo en ello, la posible sanción de la misma no tendría ningún tipo de efecto disuasorio y cualquier autónoma trataría de utilizar torticeramente el mecanismo del incremento de la base para obtener a futuro una prestación más cuantiosa pues, a la postre, siempre tendría el respaldo de una prestación calculada conforme a la base mínima por la que con anterioridad venía cotizando.

[18] STSJ de Navarra (Social) de 16 de febrero de 2016 (recurso de suplicación número 467/2015).

[19] Se hace referencia al ya derogado Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 154, de 29 de junio de 1994), siendo los artículos 175 y 180 TRLGSS los preceptos que actualmente regulan dicha cuestión.

[20] De la misma forma, dichos preceptos son del ya derogado texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/1994.

Los argumentos esgrimidos a favor de la conservación de la prestación, aunque en una cuantía inferior, giran en torno a dos ejes principales. Por un lado, el innegable hecho de que la trabajadora autónoma había obtenido una prestación para cuyo reconocimiento y mantenimiento cumplía todos los requisitos exigidos por la legislación aplicable. Por otro, la censura jurídica se fundamenta en la interpretación amplia que se venía realizando de los anteriormente vigentes artículos 132 y 133 *quinquies* TRLGSS, extendiendo los efectos de su aplicación a supuestos no previstos en los mismos pues, pese a haber accedido y mantener la correspondiente prestación conforme a Derecho al cumplir con los requisitos exigidos legalmente para ello, sólo se había utilizado de forma fraudulenta la posibilidad de incrementar las bases de cotización para que así la cuantía de las mismas fuese más alta. Por todo lo expuesto, se llegaría a la conclusión de que el Instituto Nacional de la Seguridad Social carecería de fundamento legal en la que basar la calificación como indebidamente percibida de la cuantía total de la prestación que se había venido abonando.

En la misma línea, hay incluso quien, en estos casos de prestaciones vinculadas al estado de gestación y a la próxima maternidad, ha ido más allá negando la propia existencia del fraude. Así, frente a la consideración de que el aumento de la base de cotización durante el embarazo supone un fraude de ley al constituir un simple medio instrumental dirigido a conseguir un incremento en la cuantía de la posterior prestación que le correspondería a la trabajadora autónoma, podría entenderse que dicha interpretación supondría una discriminación directa por razón de sexo dado que la normativa permite a dichas trabajadoras modificar hasta en cuatro ocasiones la base de cotización a lo largo de cada ejercicio anual sin que deban probar que responde a mayores ingresos en su actividad ni a otra causa que la sola voluntad de incrementar el nivel de cobertura de la acción protectora. Desde esta posición se esgrime igualmente que no hay norma alguna en nuestro ordenamiento que prohíba el aumento de cotizaciones antes y/o durante el embarazo y, menos aún, el aumento de cotizaciones, precisamente, por razón del embarazo, por lo que no existiría conducta dirigida a obtener un resultado prohibido como exige el artículo 6.4 del Código Civil para la concurrencia del fraude de ley[21].

Como se ha podido comprobar, la cuestión ha venido siendo objeto de controversia desde hace tiempo en suplicación. Ahora bien, las sentencias analizadas están enfocando el problema desde una perspectiva, en mi opinión, poco acertada pues parecen estar mezclado la regulación existente al respecto en materia de Seguridad Social y la normativa sancionadora. Podría parecer que no es lo mismo tener que devolver una prestación que se ha obtenido de manera fraudulenta tras haber falseado que se cumplen los requisitos para ello, pues se estaría ante un caso en que procedería la anulación del acto a través del que se reconoció la prestación, que devolver la prestación (o parte de la misma) obtenida conforme a Derecho en base al cumplimiento de las exigencias pero que, precisamente por haber mediado fraude en la determinación de la base de cotización de la que dependerá su base reguladora y, por ende, su cuantía. Ahora bien, ¿qué ocurre si, en base a ese carácter fraudulento, se impone la pérdida de la prestación como sanción? Como bien señala la doctrina, en este sentido, la regulación contenida a este respecto en el TRLGSS no es armónica con lo establecido por el TRLISOS sobre infracciones administrativas de los trabajadores en materia de Seguridad Social[22], lo que obligará a llevar a cabo una interpretación sistemática de los preceptos implicados.

Pese a la controversia generada, sin embargo, sobre la concreta problemática de los efectos del incremento fraudulento de la base de cotización nunca se había pronunciado el Tribunal Supremo. No ha sido hasta el año 2022 cuando éste se ha manifestado sobre la concreta cuestión de si, ante dicho aumento fraudulento de la base de cotización en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos por

[21] Voto particular del Ilmo. Sr. Carlos Hugo Preciado Domenech a la STSJ de Cataluña (Social) de 15 de octubre de 2021 (2184/2021).

[22] Aunque referido al subsidio de incapacidad temporal, en tanto sus reflexiones son igualmente aplicables a la prestación de maternidad tratada en el caso analizado, *vid.* lo señalado por Gorelli Hernández, J.: "Incapacidad temporal", en Gorelli Hernández, J.; Val Tena, Á. L. de; Alzaga Ruiz, I.; Arias Domínguez, Á.; Marín Alonso, I. y Gutiérrez Pérez, M.: *Lecciones de Seguridad Social*, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2021, p. 209.

una trabajadora embarazada, procede como sanción la extinción de las prestaciones y la devolución de las cantidades percibidas; o si, por el contrario, sólo se derivaría el reintegro de la diferencia entre las prestaciones calculadas conforme a la base mínima por la que se venía cotizando antes de la maquinación fraudulenta y las que efectivamente se percibieron y que fueron calculadas con arreglo a la base superior por la que se cotizó, tras el incremento producido en el período inmediatamente anterior al hecho causante.

4. LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA POR EL TRIBUNAL SUPREMO: LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SANCIONADORA Y EL ALCANCE DE SUS EFECTOS

Como no podía ser de otra manera, para la resolución de la controversia la Sala IV del Tribunal Supremo, en su sentencia de 31 de mayo de 2022 (recurso de casación para la unificación de doctrina número 290/2019), parte de la innegable legalidad de la posibilidad que tienen a su disposición los trabajadores autónomos para modificar su base de cotización. Ahora bien, de la misma forma, es igualmente consciente de que en muchos supuestos esas variaciones de la base mínima a otra muy superior, llegando incluso a la máxima, no constituyen más que la vía para lucrar una mayor prestación cuando se sabe que el hecho causante de la misma se va a producir, ante la inexistencia de dato alguno sobre el que poder fundamentar que el incremento obedezca a la búsqueda de un equilibrio entre la base de cotización y los verdaderos ingresos o rendimientos obtenidos como trabajadora autónoma, como sucede en el caso objeto de estudio sin que la existencia de dicho fraude de ley se haya discutido[23]. No sólo es que en instancia no se practicara prueba alguna que evidenciara que los ingresos de la trabajadora autónoma habían sufrido un incremento, sino que la existencia de fraude en su actuación es admitida de manera implícita por la misma, como se indica en la sentencia dictada en suplicación. Sin perjuicio de que la cuestión no es discutida en la resolución analizada, cabe señalar a este respecto que, como subraya la jurisprudencia[24], "el fraude no puede presumirse, pero sí puede llegar a acreditarse por presunciones", debiendo entenderse la "no presunción del fraude" en el sentido de que no se ha de partir de éste como hecho dado y supuesto a falta de prueba en contrario (al modo de una inversión de la carga probatoria, ciertamente prohibida). Ahora bien, ello no excluye en absoluto la posibilidad de que el carácter fraudulento pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones (artículos 385 y 386 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil[25]), cuando entre los hechos demostrados y el que se trata de deducir haya "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano". Así, la existencia de fraude de ley o de abuso del derecho no puede presumirse y sólo podrán declararse si existen indicios suficientes de ello, que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados en el correspondiente relato fáctico de la sentencia, como ocurre en el caso comentado atendiendo a la combinación de fechas de la solicitud de la modificación de la base de cotización, del comienzo del embarazo y del parto. De ello, se desprendería la voluntad de la trabajadora autónoma embarazada de incremento injustificado de las bases de cotización con la intención de acceder a prestaciones de mayor cuantía, teniendo en cuenta que se había estado cotizando con anterioridad por una base muy inferior.

[23] Entre las sentencias que aprecian la existencia de fraude de ley, cabe citar, entre otras, la STSJ de Aragón (Social) de 26 de septiembre de 2007 (recurso de suplicación número 727/2007) y, sobre un supuesto de incapacidad temporal, la STSJ de Castilla y León, Valladolid (Social) de 14 de abril de 2016 (recurso de suplicación número 256/2016). Por el contrario, no consideran que el fraude de ley se haya producido la STSJ de Castilla-La Mancha (Social) de 27 de octubre de 2004 (recurso de suplicación núm. 803/2003), aunque se refiere a un caso de incapacidad temporal, y la STSJ de Cataluña (Social) de 7 de febrero de 2020 (recurso de suplicación número 5907/2019).

[24] SSTS (Social) de 6 de febrero de 2003 (recurso de casación para la unificación de doctrina número 1207/2002), de 24 de febrero de 2003 (recurso de casación para la unificación de doctrina número 4369/2001) y de 21 de junio de 2004 (recurso de casación para la unificación de doctrina número 3143/2003). *Vid.*, igualmente, la STSJ de Madrid (Social) de 10 de noviembre de 2015 (recurso de suplicación número 315/2015), en la que se recoge un magnífico resumen de la jurisprudencia en la materia.

[25] BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

Sentado lo anterior, la Sala señala que, en base al anteriormente vigente artículo 133 *quinquies* TRLGSS (hoy artículo 180 TRLGSS), "[e]l derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido, cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación", debiendo ser interpretado el verbo obtener de forma que comprenda tanto la "obtención de una prestación en cuantía superior a la que se tenía derecho, como la obtención de una prestación *ex novo* a la que no se tuviera derecho".

Esta interpretación se fundamentaría en uno de los criterios que, según el artículo 3.1 del Código Civil, deben ser tenidos en cuenta a la hora de realizar la tarea exegética: el sistemático. En base a éste se procura realizar la interpretación teniendo en cuenta otros preceptos que forman parte del ordenamiento, lo que permitirá alcanzar un sentido acorde con el contenido general de aquél. Así, en este caso, habría que dirigirse a los artículos 23.1.e) y 26.1 TRLISOS en los que, respectivamente, se tipifican como infracciones muy graves "[i]ncrementar indebidamente la base de cotización del trabajador de forma que provoque un aumento en las prestaciones que procedan" y "[a]ctuar fraudulentamente con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan".

A su vez, hay que traer a colación lo previsto en el artículo 47.1.c) TRLISOS, según el cual a los beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social que cometan las infracciones muy graves antes mencionadas se les sancionará con la pérdida de la prestación durante un período de seis meses, lo que conllevará el reintegro total y absoluto por ministerio de la ley de las prestaciones percibidas en el período sancionado, período que no fue alcanzado por ninguna de las dos prestaciones que disfrutó la trabajadora. De esta forma, la devolución total de la prestación no es sino la forma de hacer efectiva la sanción de pérdida de la prestación que el propio precepto estipula derivada de la actuación fraudulenta, por lo que no cabría hablar de un mero reintegro parcial de la cuantía indebidamente percibida (artículo 47.3 TRLISOS).

No caben fórmulas parciales[26], pues, como ya se había venido señalando, "tanto el concepto de extinción como el de pérdida de la prestación llevan implícita la devolución de todo lo percibido, que, en su integridad, lo ha sido indebidamente" ya que "[s]e privaría de su auténtico sentido punitivo a la norma si […] el reintegro sólo alcanzara al exceso eventualmente obtenido por la supracotización irregular detectada" y "el fraude, calificado como infracción muy grave, resultaría impune, al limitarse la consecuencia del mismo a recuperar […] aquello sobre lo que nunca tuvo derecho" la trabajadora autónoma[27].

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La todavía vigente peculiaridad del sistema de cotización al RETA, conforme a la cual se permite al trabajador autónomo elegir y modificar su base de cotización con independencia de los rendimientos que pueda obtener de la actividad por cuenta propia que desarrolla, no sólo empobrece a un sistema de Seguridad Social como el nuestro regido por los principios de contributividad y solidaridad, sino que, como se ha podido comprobar, puede ser utilizada de forma torticera para obtener fraudulentamente prestaciones más cuantiosas en casos en los que se sabe que el hecho causante está próximo a suceder, como ocurre con las prestaciones que pueden derivarse del embarazo una vez la trabajadora se encuentra en estado de gestación, pues la aleatoriedad de la contingencia se desvanece.

[26] Así lo señala Gallego Moya, F.: "Artículo 180. Pérdida o suspensión del derecho al subsidio por nacimiento y cuidado de menor", en Sempere Navarro, A.V. y Barrios Baudor, G.L. (dirs.) y Cavas Martínez, F. (coord.): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social (volumen IV)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, consultado en versión electrónica.

[27] Aunque referido al caso de una trabajadora por cuenta ajena, así se manifiesta la STSJ de Aragón (Social) de 16 de abril de 2012 (recurso de suplicación número 134/2012).

Ante estas situaciones, el Tribunal Supremo ha venido a aclarar el alcance de los efectos derivados de la sanción asociada a esta infracción administrativa de carácter muy grave. Así, el incremento fraudulento de las base de cotización en el RETA por una trabajadora embarazada en los meses anteriores a que se produzca el hecho causante de una prestación derivada de dicho estado de gestación conllevaría la pérdida de la prestación durante el período de seis meses marcado por el TRLISOS y la devolución de la totalidad de las cantidades percibidas, pues el mero reintegro de la diferencia entre las prestaciones calculadas conforme a las bases mínimas por las que se venía cotizando y las que efectivamente se percibieron, y que fueron calculadas con arreglo a las bases máximas por las que se cotizó tras el incremento producido en el período inmediatamente anterior al hecho causante, haría que la sanción perdiera completamente su naturaleza punitiva y función disuasoria.

6. BIBLIOGRAFÍA

Cervilla Garzón, M. J.: "La financiación de los regímenes especiales de trabajadores autónomos", *Temas Laborales*, núm. 81, 2005.

Gallego Moya, F.: "Artículo 180. Pérdida o suspensión del derecho al subsidio por nacimiento y cuidado de menor", en Sempere Navarro, A. V. y Barrios Baudor, G. L. (dirs.) y Cavas Martínez, F. (coord.): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social (volumen IV)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.

Gorelli Hernández, J.: "Incapacidad temporal", en Gorelli Hernández, J.; Val Tena, Á. L. de; Alzaga Ruiz, I.; Arias Domínguez, Á.; Marín Alonso, I. y Gutiérrez Pérez, M.: *Lecciones de Seguridad Social*, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2021.

Ribes Moreno, M. I.: "La necesaria reformulación del sistema de cotización de régimen de autónomos: una reflexión al hilo de las últimas novedades legislativas y perspectivas comparadas", en Gómez Muñoz, J. M. (dir.): *El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas*, Bomarzo, Albacete, 2019.

Sáez Lara, C.: "Sostenibilidad del sistema de protección social de los trabajadores autónomos", en Gómez Muñoz, J. M. (dir.): *El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas*, Bomarzo, Albacete, 2019.