

**SUMARIO:**

**RETA. Prestación por maternidad. Fraude de ley. Principio de contributividad.** *Incremento de la base de cotización de la trabajadora mientras se encontraba en situación de incapacidad temporal, unos meses antes del parto, duplicando prácticamente su importe.* Aunque legalmente es innegable la posibilidad del autónomo de novar las cotizaciones en todo momento, lo cierto es que su absoluta permisividad y su consiguiente eficacia para futuras prestaciones favorecen estrategias que mal se compadecen con el principio contributivo que, en mayor o menor medida, informa nuestro sistema de Seguridad Social y que garantiza su viabilidad y eficacia, y en el presente caso, la solicitud de modificación se efectúa desde una situación próxima a la maternidad, sin realización de actividad laboral alguna desde el mes de septiembre de 2018 (mes de inicio de la IT), lo que evidencia una voluntad exclusivamente de lucrar una mayor prestación, sin que exista dato alguno que permita afirmar que el incremento obedecía a la finalidad de asimilar sus bases de cotización a sus verdaderos ingresos o rendimientos como trabajadora autónoma. No se han acreditado circunstancias objetivas que puedan justificar una elevación tan considerable de la base de cotización, ni que ello se hiciera con la finalidad de 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. **Voto particular.** Se entiende que dicha interpretación supone una discriminación directa por razón de sexo dado que la normativa permite a las trabajadoras autónomas modificar hasta en cuatro ocasiones la base de cotización a lo largo de cada ejercicio anual; no hay norma alguna en el ordenamiento que prohíba el aumento de cotizaciones antes y/o durante el embarazo, por lo que no existe conducta dirigida a obtener un resultado prohibido (ex art. 6.4 CC): la sentencia recurrida no identifica la norma defraudada; y, por último, la IT no es, en principio, una situación previsible, pues ello supone introducir un estereotipo de género, consistente en considerar que las mujeres en situación de embarazo planean situaciones de IT ficticias para cuidar de sus hijos/as.

**PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 3/2007 (Igualdad), arts. 4 y 6.1.

RDLeg 8/2015 (TRLGSS), arts. 314 y 318 a).

Código Civil, art. 6.4.

RD 2064/1994 (Rgto. General de Cotización), arts. 43.2 y 43 bis.

**PONENTE:***Doña Sara María Pose Vidal.*

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMA. SRA. SARA MARIA POSE VIDAL

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 15 de octubre de 2021

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En el recurso de suplicación interpuesto por Doña Josefa frente a la Sentencia del Juzgado Social 1 Sabadell, de fecha 9 de noviembre de 2020, dictada en el procedimiento nº 782/2019 y siendo recurridos EGARSAT,

MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL y INSTITUT NACIONAL DE LA SEGURETAT SOCIAL, ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. Sara Maria Pose Vidal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Incapacidad temporal, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 9 de noviembre de 2020, que contenía el siguiente Fallo:

"Se DESESTIMA la demanda interpuesta por Josefa contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la MUTUA EGARSAT."

#### **Segundo.**

En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"PRIMERO-. Josefa, nacida el NUM000/1984, con DNI nº NUM001 y con nº de afiliación a la Seguridad Social NUM002, se encuentra dada de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos desde el 01/06/2012 (No controvertido).

SEGUNDO-. Por escrito de 14/06/2018 la actora solicitó un cambio de base de cotización en el RETA a 1.700 euros con efectos a partir del 01/07/2019, siendo hasta ese momento la base de cotización de 919'80 euros (solicitud y bases y cuotas de cotización, folios 67 a 70).

TERCERO-. En el momento de la solicitud de cambio de cotización, la actora se hallaba embarazada, con fecha probable de parto 11/11/2018 (carnet de embarazada, folio 78).

CUARTO-. La actora causó baja médica de incapacidad temporal por enfermedad común el 03/09/2018, manteniéndose en esta situación hasta el 10/11/2018, abonándole la MUTUA la prestación de IT sobre la base de cotización que tenía hasta el 30/06/2018 (folios 95 a 97 y 156).

QUINTO-. El INSS abonó a la actora la prestación de maternidad con efectos económicos desde el 10/11/2018 con una base reguladora diaria de 56'6667 euros (resolución, folio 73).

SEXTO-. La demandante causó baja médica de incapacidad temporal por enfermedad común el 02/03/2019 (comunicado médico, folio 79).

SÉPTIMO-. La MUTUA EGARSAT resolvió abonarle por escrito de 17/04/2019 la prestación de incapacidad temporal con fecha de efectos el 05/03/2019 sobre una base reguladora de 31'48 euros, interponiendo la base actora reclamación previa que fue desestimada (resolución, folio 87, escrito, folio 93).

OCTAVO-. Josefa causó nueva baja médica de incapacidad temporal por enfermedad común el día 03/07/2019, obteniendo el alta el 03/01/2020 (comunicado médico, folio 75).

NOVENO-. Por resolución de 27/08/2019 la MUTUA EGARSAT resolvió abonarle la prestación de incapacidad temporal con efectos económicos desde el 06/07/2019 y con una base reguladora diaria de 31'48 euros. Interpuesta reclamación administrativa previa fue desestimada por resolución de 04/10/2019 (expediente administrativo).

DÉCIMO-. El 26/10/2020 la MUTUA EGARSAT reconoció a Josefa la prórroga de la Prestación ordinaria extraordinaria de cese de actividad sobre una base reguladora de 56'67 euros diarios, que obra en los folios 71 y 72 y cuyo contenido se da por reproducido a efectos expositivos."

#### **Tercero.**

Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la demandada EGARSAT, MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

Recorre en suplicación la demandante, Doña Josefa, y con amparo procesal en el apartado b.) del artículo 193 de la LRJS, interesa la revisión del contenido del hecho probado segundo de la sentencia de instancia, a los solos efectos de que se indique que la fecha de efectos del cambio de base de cotización postulado era 1 de julio

de 2018, y no de 2019 como indica la sentencia de instancia, remitiéndose a los documentos obrantes a los folios 68 a 70.

Es evidente que lo que se denuncia es un error de transcripción o error material manifiesto, que bien pudo intentar corregir la parte recurrente por la vía ordinaria de aclaración de sentencia, si bien nada impide acceder a dicha rectificación; por el contrario, no procede la adición postulada relativa a cuál sea el importe diario de la prestación de IT, desde 3 de julio de 2019, al tratarse de una mera operación aritmética cuyo encaje se encuentra en fundamentación jurídica.

### **Segundo.**

En sede de censura jurídica, por el adecuado cauce procesal del apartado c.) del artículo 193 de la LRJS, denuncia la recurrente la infracción del artículo 6.4 del CC.

A tenor del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia, la recurrente cursó su alta en el RETA en el año 2012, manteniendo una base de cotización de 919,80 € mensuales; en junio de 2018 la demandante solicitó un cambio en la base de cotización, con efectos desde 1 de julio de 2018, pasando a una base de 1.700 € mensuales; consta acreditado que al tiempo de solicitar dicho incremento la demandante se encontraba embarazada, estando previsto el parto para el mes de noviembre de 2018.

Por parte de la Mutua EGARSAT se abonó a la demandante la prestación de IT de 3/9/2018 a 10/11/2018 sobre una base reguladora de 31,48 € diarios, sin tomar en consideración el incremento de base de cotización operado desde 1 de julio de 2018; por el contrario, el INSS abonó la prestación de maternidad a la trabajadora desde 10/11/2018 a razón de la base reguladora de 56,67€ diarios.

La trabajadora inició nuevo proceso de IT en marzo de 2019, siéndole abonado el subsidio por la Mutua con base reguladora de 31,48 € diarios, desestimándose la reclamación previa formulada por la interesada; producido nuevo proceso de IT el 3 de julio de 2019, con alta médica el 3 de enero de 2020, la Mutua ha abonado la IT conforme a la base reguladora de 31,48 € diarios, reclamando la actora que se aplique la de 56,67 €, pretensión rechazada por la Mutua y por la sentencia de instancia, al apreciar que el incremento de la base de cotización con efectos de 1 de julio de 2018 fue efectuada en fraude de ley, con la única finalidad de incrementar el importe de las prestaciones derivadas de la futura situación de maternidad de la interesada.

Tal como señala la sentencia de instancia, consolidada y uniforme jurisprudencia ha señalado que el fraude de ley no se presume y ha de ser acreditado por quien lo invoca, lo que puede hacerse, al igual que en el abuso de derecho, mediante pruebas directas o indirectas, admitiendo las presunciones entre estas últimas ( arts. 385 y 386 LEC); por otro lado, aunque el fraude es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma, para su estimación es suficiente con que los datos objetivos revelen el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido. o contrario a la ley ( SSTs 22/3/2019 y 14/3/2017, entre otras), siendo la apreciación del fraude facultad primordial del órgano judicial de instancia, ya que en la materia juegan decisoriamente las normas sobre carga de la prueba y las reglas sobre presunciones, con lo que en este terreno es poco lo que compete al Tribunal ad quem que conoce de un recurso extraordinario.

En el presente caso, inalterado el relato fáctico, los hechos base debidamente acreditados permiten inferir por vía de presunción que el incremento de la base .de cotización, duplicando prácticamente su importe, constituyó un simple medio instrumental dirigido a conseguir un incremento en la cuantía de las prestaciones vinculadas al estado de gestación y próxima maternidad de la beneficiaria cuando realizó dicha opción; se produce una coincidencia temporal clara entre el incremento de la base de cotización y la situación de embarazo confirmado, con proximidad temporal con el parto e inicio de la baja por maternidad, sin que conste circunstancia objetiva alguna en la actividad profesional y económica de la demandante que justifique el incremento analizado.

Aunque legalmente es innegable la posibilidad del autónomo de novar las cotizaciones en todo momento, lo cierto es que su absoluta permisividad y su consiguiente eficacia para futuras prestaciones favorecen estrategias que mal se compaginan con el principio contributivo que, en mayor o menor medida, informa nuestro sistema de Seguridad Social y que garantiza su viabilidad y eficacia, y en el presente caso, la solicitud de modificación se efectúa desde una situación próxima a la maternidad, sin realización de actividad laboral alguna desde el mes de septiembre de 2018, lo que evidencia una voluntad exclusivamente de lucrar una mayor prestación, sin que exista dato alguno que permita afirmar que el incremento obedecía a la finalidad de asimilar sus bases de cotización a sus verdaderos ingresos o rendimientos como trabajadora autónoma.

El criterio aplicado por la sentencia de instancia debe ser ratificado por esta Sala, ya que no consta ningún elemento que lleve a desvirtuar la razonabilidad del mismo, al no haberse acreditado la existencia de circunstancias objetivas que pudieran justificar una elevación tan considerable de la base de cotización, ni que ello se hiciera con la finalidad de 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, siguiendo así la doctrina judicial mayoritaria contenida, entre otras, en Sentencia nº 1415/2020, de 10 de junio del TSJ de Andalucía/Grabada, nº

13/2020, de 20 de enero del TSJ de La Rioja, n.º 66/2020, de 27 de enero del TSJ de Cantabria, n.º 1574/2017, de 13 de diciembre del TSJ de Castilla-La Mancha, n.º 85/2016, de 16 de febrero del TSJ de Navarra, n.º 795/2015, de 10 de noviembre del TSJ de Madrid, n.º 1038/2015, de 6 de octubre del TSJ de Castilla-La Mancha, y n.º 939/2005, de 26 de julio del TSJ de Madrid, entre otras muchas.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de suplicación formulado por Doña Josefa y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia dictada por el Juzgado Social n.º 1 de Sabadell, de 9 de noviembre de 2020, en el procedimiento n.º 782/2019. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta N.º 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N.º 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma.

Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

*VOTO PARTICULAR a la sentencia dictada en autos 2184/2021, que emite el MAGISTRADO D. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH.*

Haciendo uso de la facultad conferida por el art.260.2 de la LOPJ, formulo voto particular a la sentencia dictada en los autos 782/2019 por discrepar, con la mayor consideración y respeto, de la opinión de la mayoría de la Sala, y del criterio adoptado por ésta; al entender que debió estimarse el recurso presentado por Doña Josefa.

### **I.- RESUMEN DEL CASO**

El caso tiene por objeto la impugnación por una trabajadora autónoma de la decisión de la MUTUA EGARSAT de abonar la prestación de IT que se inició el 03/07/19, con fecha de efectos 06/07/2019, en razón de la base reguladora diaria de 31,48 euros, en lugar de la base reguladora reconocida de 56,67 euros, que tenía reconocida al momento de iniciarse la situación de IT.

La trabajadora venía cotizando desde 01/06/12 por la base mínima de cotización de 919,80 euros/mes. Estando embarazada, con fecha probable de parto el 11/11/2018, solicitó el 14/06/2018 el cambio de base de cotización de 919,80 euros a 1.700 euros mensuales a partir del 01/07/18.

Estuvo en situación de IT por EC desde 03/09/18 hasta 10/11/18, abonándole la MCSS la prestación en función de la base de cotización de 918,80 euros

El INSS abonó a la actora la prestación de maternidad con efectos económicos de 10/11/2018, con BR de 56,67 euros diarios, es decir, en función de la Base de cotización aumentada durante su embarazo

La trabajadora causó nueva baja médica por IT derivada de EC el 02/03/19. La MCSS resolvió abonarle la prestación de IT con la BR de 31,48 €. Frente a dicha resolución, la trabajadora interpuso reclamación previa, que la MCSS resolvió el 11/07/19, motivando lo siguiente: "...una vez revisada Ja documentación aportada, esta entidad entendió que conforme a como se habían sucedido la cronología de los hechos, existían indicios suficientes para considerar que había existido una posible actuación fraudulenta para Ja obtención de una prestación económica más elevada de lo que le correspondería por su baja médica de fecha 3/09/2018.

Desde que se produjo su alta como trabajadora por cuenta propia en junio 2012, ud. venía cotizando por la base mínima establecida en cada momento, por eso, entendíamos que el incremento de base de cotización mínima (919,80€) a 1700 € con fecha de efectos 01/07/2018, se había realizado de forma intencionada y para cubrir una situación de incapacidad temporal totalmente previsible por Ud. así como de otras prestación que pudiera derivarse de su actual situación..."

La sentencia recurrida y el voto mayoritario coinciden con la MCSS en apreciar la existencia de fraude de ley ( art.6.4 CC) en la actuación de la trabajadora autónoma.

## **II.- RECURSO**

En el recurso, tras pedir la revisión fáctica y denunciar la infracción del art. 6.4 CC se pide que se revoque la sentencia de instancia y se condena a la Mutua Egarsat a reconocer el derecho a la prestación de subsidio de incapacidad temporal de la baja de fecha 03/07/2019 hasta 03/01/2020, a razón de una base reguladora diaria de 56.67 €

## **III.- VOTO MAYORITARIO.**

El voto mayoritario, del que respetuosamente discrepo, coincide con la sentencia recurrida en apreciar la existencia de fraude de ley y razona que "los hechos base debidamente acreditados permiten inferir por vía de presunción que el incremento de la base de cotización, duplicando prácticamente su importe, constituyó un simple medio instrumental dirigido a conseguir un incremento en la cuantía de las prestaciones vinculadas al estado de gestación y próxima maternidad de la beneficiaria cuando realizó dicha opción; se produce una coincidencia temporal clara entre el incremento de la base de cotización y la situación de embarazo confirmado, con proximidad temporal con el parto e inicio de la baja por maternidad, sin que conste circunstancia objetiva alguna en la actividad profesional y económica de la demandante que justifique el incremento analizado."

## **IV.- OBJETO DE LA DISCREPANCIA.**

Mi discrepancia radica en que considero que la interpretación efectuada por la MCSS, la sentencia recurrida y la mayoría de los firmantes de esta resolución supone una discriminación directa por razón de género respecto de la trabajadora autónoma al presumir la existencia de un fraude de ley por el mero hecho de aumentar la trabajadora su base de cotización durante su embarazo.

## **V.- NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE**

- NORMATIVA EUROUNITARIA SOBRE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AUTÓNOMAS
- CDFUE : Art. 23

"Igualdad entre hombres y mujeres

La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.

El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado."

DIRECTIVA 2010/41/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 7 de julio de 2010 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo

## Artículo 3

### "Definiciones

A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

a) "discriminación directa": la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de su sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable;

- DIRECTIVA 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social

## Artículo 4

"1. El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a:

- el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos,
- la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones,
- el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.

2. El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad."

- NORMATIVA NACIONAL SOBRE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AUTÓNOMAS

LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad mujeres y hombres.

- art.4 " Artículo 4. Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas.

La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

### art. 6.1 " Discriminación directa

1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

- Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

Art. 4. 3. En el ejercicio de su actividad profesional, los trabajadores autónomos tienen los siguientes derechos individuales:

a) A la igualdad ante la ley y a no ser discriminados, directa o indirectamente, por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, estado civil, religión, convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual, uso de alguna de las lenguas oficiales dentro de España o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

NORMATIVA SOBRE COTIZACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AUTÓNOMAS

La DF 2ª Disposición final segunda. Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo: Modificación 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.

"El Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, queda modificado como sigue:

Uno. El apartado 2 del artículo 43 queda redactado en los siguientes términos:

"2. Las bases mínima y máxima de cotización a este régimen especial, para todas las contingencias y situaciones protegidas por el mismo, serán las que se establezcan en cada ejercicio económico por la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

La inclusión en este régimen especial llevará implícita la obligación de cotizar, al menos, sobre la cuantía de la base mínima que corresponda al interesado, sin perjuicio del derecho de este a elegir otra base superior, dentro de los límites comprendidos entre las bases mínima y máxima establecidas anualmente por la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado, ya sea con carácter general o con carácter particular para determinados trabajadores autónomos, por razón de su edad, condición, actividad, situación o número de trabajadores que hayan contratado a su servicio en el ejercicio anterior.

La elección de la base deberá realizarse de forma simultánea a la solicitud de alta en este régimen especial, dentro del plazo establecido para formular esta, y surtirá efectos desde el momento en que nazca la obligación de cotizar, de conformidad con el artículo 45.2.

El interesado podrá modificar su base con posterioridad por elección de otra, en los términos y condiciones establecidos por el artículo 43 bis de este reglamento."

Dos. Se añade un nuevo artículo, 43 bis, con la siguiente redacción:

«Artículo 43 bis. *Cambios posteriores de base.*

1. Los trabajadores incluidos en el campo de aplicación de este régimen especial podrán cambiar hasta cuatro veces al año la base por la que viniesen obligados a cotizar, eligiendo otra dentro de los límites mínimo y máximo que les resulten aplicables en cada ejercicio, siempre que así lo soliciten a la Tesorería General de la Seguridad Social, con los siguientes efectos:

- a) 1 de abril, si la solicitud se fórmula entre el 1 de enero y el 31 de marzo.
- b) 1 de julio, si la solicitud se formula entre el 1 de abril y el 30 de junio.
- c) 1 de octubre, si la solicitud se formula entre el 1 de julio y el 30 de septiembre.
- d) 1 de enero del año siguiente, si la solicitud se formula entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre.

2. Los trabajadores autónomos que, en el momento de surtir efectos el cambio voluntario de base de cotización, reúnan las circunstancias de edad, condición, actividad, situación o número de trabajadores a su servicio a que se refiere el artículo 43.2, sólo podrán elegir una base que esté comprendida entre los límites mínimo y máximo establecidos específicamente para ellos en cada ejercicio por la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado.

3. Sin perjuicio de lo indicado en los apartados anteriores, los trabajadores autónomos que estén cotizando por cualquiera de las bases máximas de este régimen especial podrán solicitar que, mientras mantengan su situación de alta en dicho régimen, su base de cotización se incremente automáticamente en el mismo porcentaje en que se aumenten esas bases máximas.

Asimismo, los trabajadores autónomos que no estén cotizando por cualquiera de las bases máximas podrán solicitar que, mientras mantengan su situación de alta, su base de cotización se incremente automáticamente en el mismo porcentaje en que se aumenten las bases máximas de cotización de este régimen especial. En ningún caso la base de cotización elegida podrá ser superior al límite máximo que pudiera afectar al trabajador.

Cualquiera de las opciones anteriores que se ejerciten simultáneamente con el alta en este régimen especial o, posteriormente al alta, durante todo el año natural, tendrán efectos desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de presentación de la solicitud. La renuncia a estas opciones podrá realizarse, asimismo, durante todo el año natural, con efectos a partir del día 1 de enero del año siguiente a aquel en el que se presente la solicitud.»

RDL 8/2015, LGSS

## Artículo 321. *Nacimiento y cuantía de la prestación de incapacidad temporal.*

1. Para los trabajadores incluidos en este régimen especial, el nacimiento de la prestación económica por incapacidad temporal a que pudieran tener derecho se producirá, en los términos y condiciones que reglamentariamente se establezcan, a partir del cuarto día de la baja en la correspondiente actividad, salvo que el subsidio se hubiese originado a causa de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso la prestación nacerá a partir del día siguiente al de la baja.

2. Los porcentajes aplicables a la base reguladora para la determinación de la cuantía de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes serán los vigentes en el Régimen General respecto a los procesos derivados de las indicadas contingencias.

## Artículo 171. *Prestación económica por Incapacidad Temporal.*

La prestación económica en las diversas situaciones constitutivas de incapacidad temporal consistirá en un subsidio equivalente a un tanto por ciento sobre la base reguladora, que se fijará y se hará efectivo en los términos establecidos en esta ley y en sus normas de desarrollo.

Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Art.31.1b) " Uno. Para las prestaciones cuya cuantía venga determinada en función de una base reguladora, ésta se calculará de la siguiente forma:

b) Para cada una de las restantes prestaciones será el cociente que resulte de dividir por el número de los meses exigidos como período mínimo de cotización para la respectiva prestación en el número uno del artículo treinta la suma de las bases de cotización del trabajador durante un período ininterrumpido de igual número de meses naturales, aunque dentro del mismo existan lapsos en los que no haya habido obligación de cotizar. Este último período será elegido por el interesado dentro de los diez años inmediatamente anteriores a la fecha en que se entienda causada la prestación.

## DOCTRINA SOBRE LA DISCRIMINACIÓN DIRECTA

Se considera discriminación sexista directa la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable ( artículo 6.1 LOIEMH, que traspone los artículos 2 a) Directiva 2004/113/CE sobre acceso a bienes y servicios y su suministro, y 2.1 a) Directiva 2006/54/CE sobre asuntos de empleo y ocupación).

Para que exista discriminación directa se exige

-Existencia de un trato

La definición alude a la existencia de un trato, que se debe concretar en una acción, una palabra u omisión.

Puede la acción, palabra u omisión constitutiva de discriminación sexista directa ser tanto dolosa como culposa. A los efectos de apreciar si hay dolo son irrelevantes los motivos del discriminador o que el reproche social no exista o sea mínimo en el entorno del discriminador, como puede ocurrir con los tratos paternalistas, despedir a una madre para que cuide a sus hijos/as, o violar a una lesbiana para que deje de serlo).

En atención al sexo

El trato se debe realizar en atención al sexo de una persona. Bien utilizando el sexo o una diferencia fisiológica entre los sexos como causa de la diferencia de trato, lo que en sí mismo considerado es siempre manifestación de un prejuicio de género (es la discriminación directa abierta: ( STJUE de 1.3.2011, Caso Test-Achats, C-236/09), o bien utilizando un prejuicio de género como causa de la diferencia de trato (es la discriminación directa oculta, de la que son ejemplos la discriminación por asunción de cargas familiares o por estado civil, que en ocasiones se acumulan para discriminar a las madres solteras; las discriminaciones por dichos motivos están prohibidas en el artículo 3 de la LOIEMH).

Situación comparable

El trato en atención al sexo de una persona exige, para completar la situación de discriminación directa, identificar una situación comparable que permita detectar la menor favorabilidad ("tertium comparationis"). Ahora bien, la comparación, además de real ("sea o haya sido tratada"), puede ser hipotética ("pudiera ser tratada"), como ocurre en el supuesto de embarazo, pues no hay situación masculina real comparable (e invocar la enfermedad es erróneo porque el embarazo no es una enfermedad). El TJUE ha usado la comparación hipotética para considerar discriminatorio sexista no contratar a una trabajadora embarazada que superó con el número uno un proceso de selección alegando la empresa el coste económico de la contratación, y contratar en su lugar a la trabajadora segunda en la lista ( STJUE de 8.11.1990, Caso Dekker, C-179/88) (en la práctica la comparación hipotética opera como el test de sustitución llamado "but for": en una situación dada se sustituye el sexo de la persona y se verifica si el resultado sería el mismo; se sustituye a la Sra. María Inés, que no ha sido contratada por estar embarazada, por un hombre que, como no estaría embarazado, habría sido contratado). En este mismo sentido, la LOIEMH ha calificado como discriminación directa todo trato desfavorable a la mujer relacionado con el embarazo o la maternidad (artículo 8).

## Imposibilidad de justificación

No se contempla en la definición la posibilidad de justificación, ergo la discriminación sexista directa no admite justificación. De ahí la inconstitucionalidad de excluir a las mujeres de un derecho ( STC 216/1991, de 14.11: es discriminación sexista la inadmisión de una mujer como piloto en la Academia General del Aire), incluso si se justifica ello en una norma paternalista falsamente protectora ( STC 229/1992, de 14.12: es discriminación sexista la prohibición de trabajar en el interior de las minas).

## V.- EL FRAUDE DE LEY Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO.

Dispone el art.6.4 CC " 4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir."

El art. 4. LOIEMH Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas.

La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

La sentencia recurrida y el voto mayoritario interpretan que la conducta de la trabajadora, consistente en aumentar la base de cotización durante su embarazo supuso un fraude de ley, pues consideran que constituyó un simple medio instrumental dirigido a conseguir un incremento en la cuantía de las prestaciones vinculadas al estado de gestación y próxima maternidad de la beneficiaria cuando realizó dicha opción.

Así lo afirma la sentencia recurrida cuando razona que "resulta sencilla la aplicación del silogismo que efectúa la mutua codemandada, con el incremento solicitado la demandante permitía lucrar la inminente prestación de IT que le correspondía ante su estado, amparándose en el texto literal de una norma pero contraviniendo el espíritu y finalidad de la misma

## V.- PRECEDENTE DE LA SALA

Un caso similar al que nos ocupa fue resuelto por esta Sala en nuestra STSJ Catalunya 7 febrero 2020, Rec. 5907/2019, en que resolvimos qué improcedencia del reintegro de prestaciones indebidas solicitado pues no se constata indicio alguno de fraude de ley en las modificaciones de las bases de cotización realizadas por la trabajadora.

## VI.- APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

De todo cuanto antecede resulta que la sentencia recurrida y el voto mayoritario presumen la existencia de fraude de ley porque el aumento de las cotizaciones de una trabajadora embarazada estaría dirigido a lucrar una mayor prestación de IT por ella prevista, siendo como es la situación de incapacidad temporal no previsible ex ante.

Dicha interpretación constituye, con todo el respeto y consideración hacia la opinión mayoritaria, una discriminación directa por razón de sexo, por las siguientes razones:

1) La normativa permite a las trabajadoras autónomas modificar hasta en cuatro ocasiones la base de cotización a lo largo de cada ejercicio anual, sin que deban probar que ello 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.

2) No hay norma alguna en el 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 tanto, no hay

conducta dirigida a obtener un resultado prohibido por el ordenamiento, como exige el art. 6.4 CC. La sentencia recurrida no identifica la norma defraudada.

3) La prestación de IT no es, en principio, una situación previsible, como se afirma por la sentencia recurrida. Ello supone introducir un estereotipo de género, consistente en considerar que las mujeres en situación de embarazo planean situaciones de incapacidad temporal ficticias para cuidar de sus hijos/as ante la insuficiencia de la prestación de maternidad.

4) En el caso que nos ocupa la interpretación de las normas efectuada por la sentencia recurrida cumple con todos los requisitos de la discriminación directa. Veamos:

- Existencia de un trato: el trato consiste en reducir las prestaciones de IT por considerar que el aumento de la base de cotización durante el embarazo se dirige a obtener fraudulentamente prestaciones.

- Que el trato sea menos favorable: la presunción de fraude ha supuesto una rebaja sustancial de la base reguladora de la prestación de IT.

- En atención al sexo: dicho trato se basa en el embarazo y, por tanto, el sexo de la trabajadora. El aumento de cotizaciones se permite por la normativa hasta en 4 ocasiones al año. Sólo la existencia del embarazo y la condición de mujer de la trabajadora llevan a la sentencia recurrida a la presunción de que la finalidad es fraudulenta. El test "but for", refleja que de no estar embarazada el aumento de cotizaciones de una autónoma y su posterior situación de IT no se hubiera presumido fraudulento. Menos aún se hubiera presumido de haberse tratado de un trabajador un autónomo.

- Situación comparable: cualquier persona que no sea mujer o que sea mujer y no esté embarazada no sufre la misma presunción por el hecho de aumentar las cotizaciones respecto de una incapacidad temporal pues, en principio, la enfermedad común no resulta previsible. Hay que resaltar que, como consta en hechos probados, el INSS obró de forma correcta, respetando las cotizaciones incrementadas para satisfacer a la trabajadora la prestación de maternidad, que sí es una prestación previsible, incluso respecto de la fecha del parto. No se entiende cómo no se presume fraude el aumento de cuotas para las prestaciones previsible (maternidad) y no para las imprevisibles (incapacidad temporal), si no es por la introducción de un estereotipo de género.

- Imposibilidad de justificación: no existe la posibilidad de justificar un trato menos favorable por razón de sexo cuando nos hallamos ante la discriminación directa, como es el caso.

Por todo ello, considero que debió estimarse el recurso, revocar la sentencia recurrida y estimar íntegramente el recurso de la trabajadora.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.