

# INCREMENTOS INJUSTIFICADOS DE LAS BASES DE COTIZACION ANTE LA PROXIMIDAD DE LA JUBILACION

Javier Rodríguez Gutiérrez  
Doctor en Derecho. Abogado-Economista

## 1. Introducción

La llegada de la casi siempre deseada jubilación supone para el trabajador, en la práctica y en la mayoría de los casos, una disminución de sus ingresos reales, debido a que normalmente éstos han ido progresivamente aumentando a lo largo de su vida laboral, y es al final de la misma cuando se están percibiendo las mayores retribuciones. Sin embargo, la pensión de jubilación no va ser fiel reflejo de los ingresos percibidos en el momento inmediatamente anterior a su concesión, sino que, como es sabido, se va a calcular a través de una base de cotización media, que desde la entrada en vigor de la normativa nacida de los Pactos de Toledo, y una vez superado el período transitorio que en la misma se establece, quedará fijada en los últimos quince años<sup>1</sup>.

Ante esta situación, el afectado puede verse tentado a incrementar artificialmente sus cotizaciones en los últimos años de su vida laboral, con objeto de compensar aquellos otros en los que sus ingresos no fueron tan elevados como los actuales, y obtener finalmente una pensión de jubilación de mayor cuantía. Esta maniobra es especialmente sencilla

---

<sup>1</sup> La Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social establece que a partir del 1 de enero de 2002 la base reguladora para el cálculo de la pensión de jubilación será el cociente que resulte de dividir por 210 la suma de las bases de cotización del interesado durante los 180 meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante. Hasta entonces se prevé un período transitorio: así, en 1998 se toman en cuenta las bases de los 120 últimos meses y se divide entre 140; en 1999, los 132 últimos meses entre 154; en el año 2000 los 144 últimos meses entre 168, y finalmente en el año 2001, las bases de cotización de los 156 últimos meses divididas entre 182.

*Vid.* Ley 24/1997 de 15 de julio (*BOE* de 16 de julio).

en aquellos supuestos en los que el interesado tiene una participación directa o indirecta en la empresa para la que presta sus servicios, lo que le puede conceder cierto poder de disposición a este respecto. Igualmente, puede darse el caso de pacto entre empresa y trabajador en virtud del cual este último se comprometa a abonar personalmente las cotizaciones empresariales que excedan de un determinado límite; pacto en todo punto ilegal pero que en la práctica no es infrecuente.

Resulta evidente que el legislador debe prever la existencia de estas situaciones fraudulentas y evitarlas. Pero lo que también resulta obvio es que en ocasiones los incrementos salariales y por ende de las bases de cotización pueden deberse realmente a un ascenso profesional dentro del esquema jerárquico empresarial, con lo que una normativa general y sin excepciones en este sentido, provocaría consecuencias injustas en casos concretos.

A continuación analizaremos la regulación legal existente en la materia así como su desarrollo y evolución jurisprudencial, y los aspectos más conflictivos y problemáticos que ha generado a lo largo de los años.

## 2. Regulación legal

La necesidad de luchar contra el fraude en materia de Seguridad Social se había puesto de manifiesto con nitidez en el Acuerdo Nacional sobre Empleo (ANE)<sup>2</sup> que se suscribió el 9 de junio de 1981, y especialmente en lo que se refiere a la fijación de la base reguladora de la pensión de jubilación, que en ese momento se determinaba de acuerdo con las normas recogidas en la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967<sup>3</sup>. Dicho Acuerdo tiene su reflejo normativo en el Real Decreto-Ley 13/1981 sobre determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación de la Seguridad Social<sup>4</sup>, que establece que a estos efectos

---

<sup>2</sup> Acuerdo Nacional sobre Empleo suscrito por el Gobierno, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y las Centrales Sindicales mayoritarias. (*Vid.* capítulo V).

<sup>3</sup> En su artículo 5 la citada Orden establece que a efectos de determinar la cuantía de la pensión de vejez, la base reguladora será el cociente que resulte de dividir por veintiocho la suma de las bases de cotización del trabajador durante un período ininterrumpido de veinticuatro meses naturales, aun cuando dentro del mismo existan lapsos en los que no haya habido obligación de cotizar. Dicho período será elegido por el interesado dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha en que se cause derecho a pensión.

<sup>4</sup> Real Decreto Ley 13/1981 de 20 de agosto, publicado en el *BOE* de 29 de agosto de 1981.

y como norma general, no podrán computarse los incrementos producidos en los últimos dos años que sean consecuencia de aumentos salariales superiores al incremento medio interanual experimentado en el Convenio Colectivo aplicable, o en su defecto, en el correspondiente sector. Se exceptúan de esta norma aquellos incrementos que sean consecuencia de la aplicación estricta de las normas contenidas en disposiciones legales y Convenios colectivos sobre antigüedad y ascensos reglamentarios de categoría profesional, así como los que deriven de cualquier otro concepto retributivo establecido con carácter general y regulado en dichas disposiciones o Convenios. En cualquier caso, se aplicará la norma general en los supuestos en los que los citados incrementos se produzcan como consecuencia de decisión unilateral de la empresa en ejercicio de sus facultades organizativas, o hayan sido pactados exclusiva o fundamentalmente en función del cumplimiento de una determinada edad próxima a la jubilación.

La regulación anterior se adecuaba perfectamente a la normativa vigente respecto al cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, ya que ésta tenía precisamente en cuenta las cotizaciones de dos años. Sin embargo, la Ley 26/1985<sup>5</sup>, modifica el período mínimo de cotización necesario para poder acceder a la pensión de jubilación, así como la determinación de su base reguladora, incrementando notablemente el número de años que se deben tener en cuenta para su fijación, pasando de los dos establecidos en la antigua Orden Ministerial citada, a noventa y seis meses; sin embargo, nada dice respecto a las medidas de lucha contra el fraude, por lo que la doctrina se dividió entre los que consideraban que el Real Decreto-Ley de 1981 había quedado derogado, y quienes por el contrario defendían su vigencia<sup>6</sup>, y entre estos últimos se abrió el debate sobre si el plazo contenido en dicha norma debía considerarse ampliado a todo el nuevo período que se iba a tomar en consideración para el cálculo de la base reguladora de la pensión, o

---

<sup>5</sup> Ley 26/1985 de 31 de julio, de medidas Urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social, publicada en el *BOE* de 1 de agosto de 1985; corrección de errores en *BOE* de 18 de marzo de 1986. Esta Ley tiene su desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 1799/1985 de 2 de octubre.

<sup>6</sup> Así por ejemplo, ORDEIG FOS entiende que con la vigencia de la Ley 26/85 parece derogada la disposición de 1981, en virtud de la norma derogatoria genérica; ALARCÓN por su parte, defiende que la norma no ha perdido vigencia. Mientras, ALMANSA PASTOR, no aclara la cuestión.

Vid. ORDEIG FOS José María, *El Sistema Español de Seguridad Social (y el de la Comunidad Europea)*, Madrid, Edersa, 1993, p. 296; ALARCÓN CARACUEL, Manuel, y otro, *Compendio de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 274; y ALMANSA PASTOR, José María, *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 473.

bien debía seguir aplicándose en sus estrictos términos, debate al que se sumaron los Tribunales, tal y como se examinará detenidamente en el epígrafe siguiente.

Sin embargo, la discusión, por lo menos en lo referente a su vigencia, queda definitivamente solucionada con la entrada en vigor del Texto Refundido de Ley General de Seguridad Social del año 1994<sup>7</sup>, toda vez que dicha norma recoge en los párrafos 2, 3 y 4 de su artículo 162, un contenido que es heredero literal de lo recogido en el antiguo RDL 13/1981, al que deroga expresamente<sup>8</sup>, con lo cual obviamente resulta probado que había permanecido vigente hasta entonces. Cuestión distinta es determinar si se perdió una buena oportunidad para ampliar el período revisable, en lugar de mantenerlo en los dos años recogidos en su primitiva redacción. En este sentido la mayoría de la doctrina y jurisprudencia entiende que ello no debe ser criticable en modo alguno, toda vez que cualquier modificación hubiera excedido de su cometido, dado que se trataba de un Texto Refundido, que por imperativo constitucional sólo puede limitarse a refundir en un único texto las normas existentes sobre una materia<sup>9</sup>. CONDE MARTÍN DE HIJAS en cambio tiene una visión más amplia de las facultades que incluye la misión refundidora, de forma que entiende que se podía haber incorporado la interpretación jurisprudencial existente sobre la materia, en lugar de incluir el precepto literalmente<sup>10</sup>. A mi modo de ver, la discusión resulta bizantina, puesto que la correcta interpretación de la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Supremo nos va a llevar a concluir que el período de dos años no debe ser objeto de ampliación en sí mismo, ya que existen otros medios para evitar actuaciones fraudulentas; algo que en este momento dejamos simplemente apuntado, ya que será objeto de amplio desarrollo en el epígrafe siguiente.

Finalmente la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social<sup>11</sup>, que nace tras el Pacto de Toledo, tal y como se ha puesto de manifiesto anteriormente, amplía nuevamente el período de tiempo cuyas bases de cotización se van a tomar en consideración para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación. Como bien advierte el Profesor ALONSO OLEA, la ampliación del período va a

---

<sup>7</sup> Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de Junio (*BOE* de 29 de junio).

<sup>8</sup> *Vid.* Disposición Derogatoria letra f).

<sup>9</sup> Así la Sentencia del T.S.J. de Aragón de 17 de septiembre de 1997 (A. L. 176/1998).

<sup>10</sup> CONDE MARTÍN DE HIJAS, Vicente, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 11 de diciembre de 1996», *Actualidad Laboral*, (1997), pp. 1046-1047.

<sup>11</sup> Ley 24/1997 de 15 de julio de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social (*BOE* de 16 de julio de 1997).

hacer que la incidencia de los incrementos sea menos apreciable<sup>12</sup>. No obstante, y dado que la nueva Ley tampoco se refiere en modo alguno a la problemática que nos ocupa, se debe concluir que en definitiva la normativa actualmente aplicable en esta materia, es la contenida en el artículo 162.2, 3 y 4 de la LGSS vigente, que a su vez es reproducción fiel de lo establecido por primera vez en el Real Decreto Ley 13/1981.

### **3. El plazo temporal de aplicación de la reducción de incrementos y su posible ampliación**

Uno de los aspectos más conflictivos de la materia que nos ocupa es el relativo al período de tiempo en el que se puede aplicar la normativa antifraudulenta a la que nos estamos refiriendo. Si nos atenemos a la literalidad del precepto, la respuesta es evidente: únicamente se podrán aplicar estas normas en los *dos años* inmediatamente anteriores a la solicitud de la jubilación, por lo que todo incremento anterior en el tiempo deberá computarse para calcular la base reguladora de la futura pensión de jubilación, independientemente de que dichos incrementos estén o no justificados. Esto lógicamente puede provocar situaciones injustas en tanto en cuanto de aplicarse en el sentido propuesto se estaría dando en la práctica carta de legitimidad a conductas que aunque llevadas a cabo con anterioridad al plazo establecido, sin embargo persiguen el mismo objetivo fraudulento.

De ahí que la jurisprudencia se haya preocupado de intentar descubrir cuál fue la intención del legislador cuando previó el plazo de dos años como límite a la corrección de los incrementos producidos en las bases de cotización, para así poder determinar si dicha explicación sigue teniendo vigencia actualmente, o si las modificaciones legislativas introducidas en la materia hacen necesaria una nueva interpretación de la normativa que garantice el cumplimiento efectivo de la finalidad que se propone conseguir con ella.

Como ya hemos recogido en el apartado referente a la regulación legal, en el momento de la aparición del Real Decreto-Ley 13/1981, la pensión de jubilación se calculaba de acuerdo con las normas contenidas en la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967, según la cual, la base reguladora se obtenía dividiendo por 28 la suma de las bases de cotización durante un período ininterrumpido de 24 meses naturales

---

<sup>12</sup> ALONSO OLEA, Manuel y otro, *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 1997, p. 314.

elegido por el interesado dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha en la que se causa el derecho a la pensión. El trabajador, sabedor de que únicamente se iban a computar sus cotizaciones de dos años, se veía tentado, lógicamente en colaboración con el empresario, a incrementar sus bases de cotización en los últimos dos años de su vida laboral, para a continuación solicitar que fueran éstos los tenidos en cuenta a la hora de calcular la base reguladora de su pensión de jubilación. De ahí que cuando surge la necesidad de luchar contra el fraude existente en esta materia, la regulación se centre en los dos últimos años de vida laboral, puesto que era normalmente donde se producía dicho fraude.

Desde luego esta regulación a mi modo de ver adolecía de un importante defecto inicial: las normas reguladoras para el cálculo de la pensión permitían al trabajador elegir los dos años cuyas bases de cotización quería computar entre los siete años anteriores al hecho causante, mientras que el RDL 13/1981 únicamente se refería a los dos años inmediatamente anteriores a la fecha en la que se cause derecho a pensión. Esto supone que el trabajador en connivencia con el empresario, podía soslayar fácilmente la normativa simplemente acordando iniciar la maniobra fraudulenta no en los dos años inmediatamente anteriores, sino, por ejemplo, cuatro años antes, para posteriormente elegir como integradores de su base de cotización los dos primeros de esos cuatro, a los cuales no era de aplicación la normativa y por lo tanto deberían computarse en toda su amplitud, sin ninguna clase de reducción. El INSS, al percatarse de esta situación, intentó extender la aplicación de la norma a períodos anteriores a los dos últimos años, pero ante la claridad de la redacción de la misma, los Tribunales inicialmente no lo consintieron<sup>13</sup>. Lo que sí dejó claro el Tribunal Supremo es que la norma no exigía que los incrementos se hubiesen iniciado dentro del período de los dos años inmediatamente anteriores al hecho causante. Es decir, que si bien el período no podía extenderse más allá de esos dos años, si se eligen esos dos últimos años y en ellos se ha producido el incremento prohibido por la norma, se aplicará la reducción establecida, independientemente de que dicho incremento se hubiese iniciado antes y se hubiese mantenido

---

<sup>13</sup> Así por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1984 (A. 6370) se señala que «la interdicción que impone el citado Real Decreto se centra tan sólo en los dos años anteriores a la data de la solicitud de la pensión de jubilación, esto es, en los dos años inmediatamente precedentes a la fecha en la que se cause derecho a la pensión», de forma que «...no permite retrotraer lo que en ella se dispone más atrás de los dos años inmediatos precedentes, ... sin que las elevaciones habidas en esas cotizaciones en años anteriores a los citados puedan determinar la aplicación de la limitación que impone más allá de sus términos claros y precisos».

hasta el final<sup>14</sup>. El Tribunal utiliza en este caso un argumento de corte finalista: si la finalidad de la norma es combatir el fraude, ésta no se conseguiría con una interpretación contraria a la que se propugna, ya que siendo así y conociendo la norma las partes del contrato de trabajo, podrían preparar una sustanciosa jubilación para el empleado simplemente elevando las bases de cotización con una antelación suficiente para que el inicio del incremento quedara fuera de los dos años anteriores a la solicitud de la misma. El razonamiento es correcto, pero no se da cuenta el Tribunal de que la norma es fácilmente eludible haciendo esa misma maniobra pero, —como hemos puesto de manifiesto antes—, eligiendo finalmente dos años en los que exista el incremento, pero distintos a los dos últimos, con lo cual se burlaría su aplicación, y su finalidad, ya que el fraude seguiría estando presente.

En esta situación entra en vigor en 1985 la reforma de las normas relativas a la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación<sup>15</sup>. A partir de ese momento la base reguladora va a calcularse dividiendo por 112 las bases de cotización del interesado durante los noventa y seis meses inmediatamente anteriores a aquel en el que se produzca el hecho causante, computándose los veinticuatro meses anteriores a éste por su valor nominal, y el resto actualizadas en base a la evolución experimentada por el Índice de Precios al Consumo<sup>16</sup>. Ante esta nueva regulación, cabría plantearse si el R.D.L. 13/1981 sigue vigente, teniendo en cuenta que podría pensarse que ya no tiene mucho sentido la referencia a los dos últimos años, cuando se van a tener presentes en la determinación de la base los ocho últimos. Sin embargo, su vigencia tal y como se ha expuesto anteriormente, queda hoy fuera de toda duda, en primer lugar porque la Ley 26/1985 no lo deroga expresamente<sup>17</sup>, y en segundo lugar porque posteriormente el Texto Refundido de Ley General de Seguridad Social de 1994 lo incorpora en sus términos literales. Por lo tanto, no existiendo dudas sobre su vigencia, el interrogante está en determinar si cabe realizar una nueva interpretación de él de forma que su finalidad no se vea comprometida.

---

<sup>14</sup> Así lo expone claramente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1987 (A. 7063): basándose en el artículo 3.1.º del Código Civil, realiza una interpretación de la norma atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad, y llega a la conclusión de que el precepto en cuestión no exige que los incrementos desorbitados se inicien en el período de dos años al que se refiere, ya que la norma habla de incrementos «producidos», no iniciados, dentro de dicho período.

<sup>15</sup> A través de la Ley 26/1985 de 31 de julio, ya citada.

<sup>16</sup> *Vid.* art. 3 Ley 26/1985 y art. 5 R.D. 1.799/1985.

<sup>17</sup> Sentencia del TSJ de Madrid de 13 de enero de 1992, con comentario de MARÍN CORREA, José María, *Actualidad Laboral*, (1992), pp. 1.471-1.473.

El problema en último término radicaba como es evidente en determinar si la normativa recogida en el RD 13/1981 podía ampliarse a períodos que superasen los dos años, para poder adaptarla así a la nueva realidad legislativa. La cuestión fue objeto de debate por parte del extinto Tribunal Central de Trabajo, y de distintos Tribunales Superiores de Justicia, con Sentencias contradictorias: algunos eran partidarios de la ampliación, partiendo de una interpretación de la norma basada en su espíritu y finalidad<sup>18</sup>, mientras que otros, aplicando un criterio restrictivo, no la admitían<sup>19</sup>, aduciendo que no existía norma jurídica que autorizara tal ampliación, y entendiendo además que los peligros de fraude ya quedaban cubiertos con el mayor período de cotización exigido a partir de la reforma de 1985, que haría que los incrementos de los últimos años tuvieran menos incidencia en el resultado final.

El Tribunal Supremo toma partido en su Sentencia de 8 de abril de 1992<sup>20</sup>, en resolución de un recurso de casación para la unificación de doctrina<sup>21</sup>. Señala el Alto Tribunal que una vez convenientemente demostrado que los incrementos producidos en las bases de cotización del interesado tenían como finalidad conseguir una pensión de jubilación superior a la que le correspondería de aplicarse los incrementos normales según los sucesivos Convenios de aplicación, la consecuencia que debe extraerse no debe ser otra que la de ampliar el campo de reducción. La limitación recogida en el artículo 1.1. del R.D. 13/1981 no puede ser causa para que en estos casos no se amplíe dicha reducción a todo el período en que se ha cometido el abuso, dado que lo contrario implicaría permitir el fraude. Sin embargo, lo verdaderamente importante en mi opinión de la argumentación efectuada por el Tribunal

---

<sup>18</sup> En esta línea se manifiesta especialmente el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que entre otras en su Sentencia de 20 de septiembre de 1990 (AL 1068) razona que desde la entrada en vigor de la Ley 26/1985, la finalidad del Real Decreto Ley quedaría parcialmente burlada si se atendiera sólo a dos años, de forma que siguiendo la doctrina ya puesta de manifiesto por el Tribunal Central de Trabajo señala que «...los argumentos del recurso sobre aumento de las bases de cotización con precedencia a los dos años ceden ante la precisión con que el juzgador a quo diagnosticó el designio fraudulento que inspiró el alza de salarios». Similar razonamiento mantiene en su Sentencia de 30 de abril y 28 de mayo de 1991.

*Vid.* también Sentencias del TCT de 9 de octubre y 11 de noviembre de 1987.

<sup>19</sup> Así el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en su Sentencia de 25 de junio de 1991 (AS 3882).

<sup>20</sup> *Vid.* texto de esta importante Sentencia y comentario de OLIVIERO GIL, Blas, en *Actualidad Laboral* n.º 37 (octubre 1992), pp. 2345-2348.

<sup>21</sup> Precisamente se recurría la Sentencia del TSJ de Navarra citada anteriormente, y se ponía en contradicción con las del TSJ de Madrid de 20 de septiembre de 1990 y 28 de mayo de 1991 también referenciadas.



Supremo radica en lo siguiente: no se trata de entender ampliado el plazo de dos años después de la entrada en vigor de la reforma de 1985, sino que simplemente se trata de sancionar conductas fraudulentas y antisociales, no comprendidas en el R.D. de 1981, es decir, en aplicación de los artículos 6.4.º y 7.2.º del Código Civil, que proscriben el fraude al establecer que aquellos actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir, no amparándose el abuso de derecho, ni el ejercicio antisocial del mismo. Decimos que este planteamiento resulta de gran importancia porque supone en último término la aplicación del principio general del derecho que afirma que el fraude no se presume y quien lo alega debe probarlo, lo cual va a tener importantes consecuencias prácticas, como veremos en el siguiente epígrafe.

Siendo así las cosas, la reforma operada en 1997 como consecuencia del Pacto de Toledo y a través de la cual se vuelve a ampliar el período que se va a tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, que pasa a ser de quince años, en lugar de los ocho existentes hasta ese momento, no va a suponer cambio alguno en el criterio seguido en la materia que nos ocupa, puesto que la teoría creada por el Tribunal Supremo sigue siendo de aplicación.

En consecuencia, a mi modo de ver, tras la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en esta materia, se deben distinguir dos supuestos claramente diferenciados:

- 1.º) Los incrementos en las bases de cotización de los dos años inmediatamente anteriores al hecho causante que sean superiores al incremento interanual experimentado en el Convenio colectivo de aplicación, con las excepciones establecidas en el RD 13/1981, hoy artículo 162.2, 3 y 4 de la LGSS, no se deben computar en aplicación de lo dispuesto en la referida normativa.
- 2.º) Los incrementos de bases de cotización anteriores en el tiempo, computables a efectos de cálculo de la base reguladora, únicamente podrán reducirse si existe una conducta fraudulenta por parte del interesado, conducta que deberá probarse por parte de quien la alega, y todo ello en aplicación no del tan citado Real Decreto 13/1981, sino de los artículos 6.4.º y 7.2.º del Código Civil, como norma subsidiaria del ordenamiento jurídico laboral.

Partiendo de esta doble diferenciación el siguiente paso consistirá en determinar con claridad y precisión qué se debe entender por fraude, en qué supuestos se puede considerar que existe conducta fraudulenta, y cómo se debe probar.

#### 4. La carga de la prueba

Para el correcto análisis de esta materia se debe partir bajo mi punto de vista de esa diferenciación de supuestos que se desprende de la argumentación empleada por el Tribunal Supremo, puesto que si se parte de una premisa errónea —cual es que el período establecido en el RDL 13/81 se ha visto ampliado por mor de la interpretación jurisprudencial—, erraremos también en la conclusión obtenida. Por ello, el punto de partida debe llevarnos a distinguir claramente dos supuestos, que no son iguales, y a los que se aplica distinta normativa:

- Por una parte, el artículo 162.2.º, 3.º y 4.º de la LGSS que se va a aplicar en la estricta literalidad de sus términos, es decir, a los incrementos de las bases de cotización producidos en los dos años inmediatamente anteriores a la fecha causante de la jubilación. Esta norma no ha visto ampliado su ámbito temporal de aplicación en base a la interpretación jurisprudencial, sino que se sigue aplicando tal y como fue concebido inicialmente.
- Por otra parte, los artículos 6.4.º y 7.2.º del Código Civil, que se van a aplicar a todos aquellos casos en los que se pueda apreciar conducta fraudulenta del solicitante de la pensión de jubilación, y que no tiene ámbito temporal de aplicación, sino que se podrá retrotraer en todo el tiempo necesario para conseguir evitar el fraude.

La razón de la insistencia de delimitar claramente estos dos supuestos radica en que su aplicación práctica va a resultar muy distinta en lo que se refiere fundamentalmente a la carga de la prueba, tal y como veremos a continuación. Por ello se decía anteriormente que si se partía de un razonamiento erróneo, y se entendía sin más que la jurisprudencia ha venido a ampliar el ámbito de aplicación temporal de la normativa vigente, —como erróneamente lo han entendido incluso algunos Tribunales<sup>22</sup>—, la conclusión extraída no va a ser correcta, ya que se aplicaría en los casos de incrementos anteriores a los dos años referidos, las mismas reglas del artículo 162, lo cual es un craso error.

---

<sup>22</sup> Así el TSJ de Castilla y León (Sentencia de 29 de abril de 1997, A.L. 1318) el cual no acierta en absoluto al intentar justificar la extensión del período a todos los años que se tengan en cuenta para el cálculo de la pensión, lo mismo que sucede con el TSJ de Cantabria (Sentencia de 11 de diciembre de 1996, AS. 4046). Por el contrario una interpretación impecable de la doctrina del Tribunal Supremo es la expuesta por el TSJ de Cataluña, p.e. en Sentencias de fechas 16 de marzo, 15 de mayo, 5 de julio y 12 de julio de 1996 (AS 1882, 1647, 2913 y 4169 respectivamente) y 4 de abril de 1997 (AS. 2006).

#### 4.1. *El artículo 162.2.º, 3.º y 4.º de la LGSS*

El tantas veces citado precepto legal, dispone del siguiente tenor literal:

«2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 120, para la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, no se podrán computar los incrementos de las bases de cotización producidos en los dos últimos años que sean consecuencia de aumentos salariales superiores al incremento medio interanual experimentado en el convenio colectivo aplicable o en su defecto, en el correspondiente sector.

3. Se exceptúan de la norma general establecida en el apartado anterior, los incrementos salariales que sean consecuencia de la aplicación estricta de las normas contenidas en disposiciones legales y convenios colectivos sobre antigüedad y ascensos reglamentarios de categoría profesional.

No obstante la referida norma general será de aplicación cuando dichos incrementos salariales se produzcan exclusivamente por decisión unilateral de la empresa en virtud de sus facultades organizativas.

Quedarán asimismo exceptuados en los términos contenidos en el párrafo anterior, aquellos incrementos salariales que deriven de cualquier otro concepto retributivo establecido con carácter general y regulado en las citadas disposiciones legales o convenios colectivos.

4. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en ningún caso se computarán aquellos incrementos salariales que excedan del límite establecido en el apartado 2 del presente artículo y que hayan sido pactados exclusiva o fundamentalmente en función del cumplimiento de una determinada edad próxima a la jubilación».

La regla general que se deriva de este artículo es por tanto muy clara: por imperativo legal no se van a computar los incrementos salariales de los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de la pensión de jubilación que sean superiores al incremento anual marcado por el convenio colectivo de aplicación. El legislador ha entendido que en estos casos dichos incrementos van dirigidos exclusivamente a obtener una mayor pensión, y por lo tanto decide que como norma general no van a ser computados por el INSS a la hora de calcular la base reguladora de dicha pensión. Esto supone que la entidad gestora no tiene obligación de recabar ninguna información adicional en este sentido, sino que automáticamente y una vez comprobado que dichos incrementos superan los límites establecidos, debe proceder a reducir las bases de cotización hasta ajustarlas a los mismos<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Ello no significa que el INSS deba adoptar una actitud pasiva sino que su actividad probatoria se limitará en este caso a presentar la evolución de las bases de cotización del interesado en contraposición con la experimentada por los Convenios colectivos de aplicación durante dicho período. *Vid.* Sentencia del TS de 23 de febrero de 1987 (A. 1098).

A partir de ahí, el siguiente problema que surge es determinar si esta norma admite o no prueba en contrario, esto es, si el beneficiario puede demostrar al INSS que los incrementos de sus bases de cotización están justificados, o por el contrario, dicha prueba no va a tener ningún valor por tratarse de una norma imperativa, *iuris et de iure*.

Que la norma en cuestión no tiene carácter absoluto, lo evidencia el propio artículo ya que incluye dos claras excepciones:

—En primer lugar se van a computar los incrementos producidos en los dos últimos años, aunque sean superiores a los marcados por el convenio colectivo aplicable, cuando dichos incrementos procedan de la aplicación de las normas legales o convencionales sobre antigüedad, o bien sean consecuencia de un ascenso reglamentario de categoría profesional. Esto último implica que el trabajador deberá demostrar que dichos incrementos salariales, y por consiguiente de su base de cotización, son reales, como consecuencia de un ascenso profesional que haya supuesto el trasvase a una categoría superior que lleve aparejada una retribución mayor. A mi entender en este punto no debe ser exigible que el cambio de categoría se haya concretado en una modificación del contrato de trabajo que lo recoja expresamente, sino que sería suficiente con que dicho ascenso profesional se derivara con claridad de las nuevas funciones y responsabilidades en la empresa acreditadas por el trabajador. Esta interpretación se deriva simplemente de un principio de lógica jurídica: la exigencia del cumplimiento de una obligación meramente formal cual es recoger por escrito la modificación de categoría profesional del trabajador, debe ceder ante la realidad que demuestra que en la práctica tal modificación se ha producido, en base a las nuevas tareas desempeñadas por el trabajador y al correlativo incremento de su retribución.

No obstante el legislador establece una salvedad a esta excepción, señalando que no será aplicable cuando sea consecuencia de una decisión unilateral de la empresa en ejercicio de sus facultades organizativas. Todo hace indicar que el legislador se quiere referir a situaciones por ejemplo en las que el ascenso profesional lleva aparejado un incremento salarial superior al señalado por el convenio aplicable para la nueva categoría profesional del trabajador, o aquellas otras en las que se produce el ascenso profesional del trabajador sin respetar las normas sobre promoción establecidas convencionalmente, o en definitiva situaciones en las que dicho ascenso no está justificado por otra razón o motivo que no sea la mera decisión empresarial.

—En segundo lugar, tampoco se va a aplicar la norma general cuando los incrementos salariales se deriven de la incorporación de un nuevo concepto retributivo creado por norma legal o convenio colectivo, con carácter general, algo que es totalmente lógico y normal, toda vez que en estos casos el incremento de la retribución viene establecido por imperativo legal o convencional, y por tanto no depende de la voluntad de las partes.

Por último en el párrafo cuarto del artículo 162 se recoge una nueva norma, a mi modo de ver totalmente innecesaria: no se computarán los incrementos salariales que excedan de los límites establecidos cuando hayan sido pactados exclusiva o fundamentalmente en función del cumplimiento de una determinada edad próxima a la jubilación. Innecesaria por tres motivos: en primer lugar porque del párrafo 2.º del artículo referido ya se deduce que cualquier incremento no justificado no se va a computar a los efectos del cálculo de la pensión de jubilación; en segundo lugar porque cualquier incremento pactado entre las partes con objeto de obtener el trabajador una mayor pensión tendría el carácter de fraudulento, y como tal no podría ser computado en ningún caso; y finalmente porque la demostración de que los incrementos han sido pactados fraudulentamente entre las partes correspondería al INSS, y sin embargo, como se está exponiendo, ello no es necesario cuando dichos incrementos corresponden a los dos últimos años, con base a lo establecido como norma general en este artículo, por lo que la inserción de este último párrafo no viene sino a provocar confusión sobre el problema de la carga de la prueba. A estos efectos debe quedar claro una vez más que los incrementos producidos en los dos últimos años que excedan de los límites fijados en este artículo no se computan en principio y como norma general, y no es necesario probar el ánimo fraudulento, sino que será el beneficiario quien deberá demostrar que se encuentra en alguna de las dos excepciones a dicha norma, que se han expuesto anteriormente.

Siendo así las cosas, el único punto que queda por dilucidar es el siguiente: ¿son las dos excepciones establecidas expresamente en el artículo 162.3.º las únicas aplicables, o se puede permitir al beneficiario que pueda justificar la realidad de los incrementos producidos, aunque no se refiera a ninguno de los supuestos previstos en dichas excepciones? Realmente, de la literalidad del precepto estudiado no se puede deducir esto último, puesto que se entiende que la regla general será siempre de aplicación, salvo que nos encontremos en uno de los dos supuestos previstos como excepción a la misma. Sin embargo, no hay que olvidar que esta norma tiene su origen en el Real Decreto Ley 13/1981, de cuyo artículo 1 es transcripción literal, y cuya exposición de motivos señalaba

que se deberían exceptuar los incrementos salariales que sean consecuencia de antigüedad, ascensos reglamentarios, «y cualquier otra circunstancia cuya realidad y legalidad pueda verificarse». Con lo cual es evidente que se está dando al beneficiario la posibilidad de desplegar una actividad probatoria más allá de la mera literalidad de la norma, de forma que ésta sólo se aplicaría cuando los referidos incrementos no puedan ser justificados de ninguna forma por el interesado.

#### 4.2. *La conducta fraudulenta con base en el Código Civil*

El artículo 6.4. del Código Civil señala que los actos realizados al amparo 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 mientras que el 7.2.º es claro al indicar que la ley no ampara el abuso de derecho ni el ejercicio antisocial del mismo.

Con base en estos preceptos se puede amparar el INSS para reducir las bases de cotización en aquellos períodos que exceden de los dos últimos años y en los cuales se han producido incrementos injustificados de dichas bases. Sin embargo, la mecánica en estos casos es muy distinta que la explicada para el supuesto a que se refiere el artículo 162 LGSS, puesto que si para éste era suficiente con que los incrementos producidos se integrasen en alguno de los supuestos previstos en dicho artículo, situación que habilitaba sin más al INSS para reducir dichos incrementos, sin resultar necesaria la aportación de prueba alguna, y era el interesado quien debía probar entonces la realidad y veracidad de tales aumentos, sin embargo, cuando lo que procede es aplicar la normativa antifraude del Código Civil, se produce una clara inversión de la carga probatoria.

Efectivamente, en estos casos el principio general que rige es el establecido con carácter general en el artículo 1.214 del Código Civil, que dispone que la prueba de los hechos constitutivos del derecho corresponde a quien los reclama, mientras que la de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes corresponde a quien los opone. Esto significa en definitiva, que dado que el fraude no se presume, quien lo alegue debe probarlo. Por consiguiente, para poder ampliar la reducción de los incrementos experimentados por las bases de cotización a períodos que excedan de los dos últimos años, la entidad gestora debe probar la existencia de un ánimo defraudatorio por parte del beneficiario de la pensión<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Muy clara a este respecto es la Sentencia del TSJ de La Rioja de 20 de enero de 1998 (AS 167).

Lógicamente, tal y como reconoce el TSJ de Cantabria, sería excesivo, y hasta disconforme con el principio constitucional de igualdad, prohibir terminantemente a efectos de cotización, toda progresión económica no reglada durante el prolongado período que se computa a efectos de cálculo de la pensión de jubilación<sup>25</sup>.

La entidad gestora para intentar probar el fraude se sirve habitualmente de los informes emitidos al efecto por la Inspección de Trabajo. Normalmente un dato de suma importancia para intentar demostrar ese fraude consiste en la posición dominante que mantiene el beneficiario en la empresa para la que presta sus servicios, posición que a todas luces le permite tomar decisiones empresariales que convengan a sus intereses personales, como puede ser sin duda el incremento injustificado de sus propias bases de cotización a efectos de conseguir una pensión de superior cuantía. Así la Inspección encuentra una mayor justificación al presunto fraude en casos en los que el interesado es Administrador, Consejero Delegado o Gerente de la empresa en la que trabaja<sup>26</sup>, o bien es propietario de ella<sup>27</sup>, o se trata de una empresa familiar, o bien dispone de un porcentaje de participación en el capital social que la habilita para influir en las decisiones de la misma<sup>28</sup>. También se aprecia en supuestos en los que el incremento de las bases de cotización no lleva aparejado un incremento del salario real<sup>29</sup>.

Para que exista tal fraude debe producirse una puesta en escena o una presunción aparente que actúe como medio engañoso y un resultado final de frustración de un deber jurídico impuesto por el ordenamiento a las personas, pero en aras de la seguridad jurídica ha de estimarse que los derechos se ejercitan normalmente conforme al fin para el que han sido reconocidos<sup>30</sup>. Así por ejemplo se ha considerado fraude el acuerdo de todos los socios de una empresa para elevarse sus cotizaciones hasta los topes máximos, sin que dichos incrementos lleven aparejados una modificación del trabajo a desarrollar o de la categoría profesional<sup>31</sup>. En cambio no se ha apreciado conducta fraudulenta cuando los incrementos proceden de

---

<sup>25</sup> Sentencia de 28 de abril de 1997 (AS 1434).

<sup>26</sup> P.e. en la Sentencia del TSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 1997 (AS 4387) y en la del TSJ de Castilla y León de 29 de abril de 1997 (AL 1318).

<sup>27</sup> Así, p.e. en la Sentencia del TSJ de Asturias de 13 de noviembre de 1992 (AS 5401).

<sup>28</sup> Sentencia del TSJ de La Rioja de fecha 20 de enero de 1998 (AS 167).

<sup>29</sup> Sentencia del TSJ del País Vasco de 23 de septiembre de 1997 (AS 3097): el actor que siempre había estado incluido en el grupo ocho de cotización, se le modifica su categoría profesional y pasa al grupo tres, con lo que aumenta su base de cotización, pero ello no se traduce en un incremento de su salario.

<sup>30</sup> Sentencia del TSJ de Navarra de fecha 24 de julio de 1990 (AL 1069).

<sup>31</sup> Sentencia del TSJ de Castilla y León de 9 de febrero de 1998 (AS 694).

incentivos a la producción y se pueden justificar<sup>32</sup>, o bien cuando dichos incrementos consisten en una cantidad aplicada a la generalidad de la plantilla aunque no esté prevista expresamente en el Convenio colectivo<sup>33</sup>.

En los casos en que no hay ninguna razón objetiva que justifique los desmesurados incrementos, algunos Tribunales han permitido incluso que la entidad gestora no aporte una prueba plena y taxativa de la existencia de fraude, sino que permiten la aplicación de la prueba de presunciones prevista en el artículo 1.253 del Código Civil, siempre que exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir<sup>34</sup>. No obstante, dadas las consecuencias negativas que acarrea para el beneficiario de la pensión la reducción de sus bases de cotización, debe exigirse la máxima rigurosidad posible en la valoración de las pruebas. Así, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha manifestado que aun cuando no exista justificación alguna para los incrementos salvo la decisión voluntaria y unilateral de la empresa en uso de sus facultades organizativas, ello no implica necesariamente que comporte un fraude de ley, ya que para ello sería necesario acreditar la connivencia de la empresa con el trabajador para incrementar artificialmente las bases de cotización de éste a efectos de su futura jubilación<sup>35</sup>.

## 5. Conclusiones

Una vez realizados los análisis precedentes, a continuación procede extraer una serie de conclusiones que sirvan con carácter general para tener una visión clara de la situación que nos ocupa.

Un primer aspecto que se debe tener en cuenta consiste en determinar si la regulación contenida en el Real Decreto Ley 13/1981 y posteriormente recogida en el artículo 162.2.º, 3.º y 4.º de la LGSS es necesaria, o bien sería suficiente, tal y como se ha postulado en algunas ocasiones con aplicar siempre la normativa antifraude establecida con carácter general en el Código Civil. Evidentemente, y siguiendo con la

---

<sup>32</sup> Sentencia del TSJ de Castilla y León de 11 de noviembre de 1997 (AS 3691).

<sup>33</sup> Sentencia del TSJ de Cantabria de fecha 28 de abril de 1997 (AS 1434).

<sup>34</sup> Sentencia del TSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 1997 (AS 4387) ya citada. La Sentencia del TSJ de Aragón de fecha 17 de septiembre de 1997 (AL 1998/176) puntualiza en este sentido que esta clase de situaciones sólo pueden constatarse a través de elementos indiciarios de cuyo conjunto quede evidenciado el fraude, puesto que «... no puede pretenderse que quien trata de conseguir un efecto contrario a la norma lo pregone así, de modo frontal, o por actos que por sí, directamente, lo acrediten de forma unívoca».

<sup>35</sup> Sentencia del TSJ de Cataluña de 4 de abril de 1997 (AS 2006).



argumentación que se ha venido exponiendo hasta el momento, cada una de ambas regulaciones dispone de un sistema distinto en cuanto a la carga de la prueba se refiere, de forma que, de no existir la regulación específica, la aplicación únicamente de la normativa del Código Civil supondría que el INSS siempre tendría que desplegar una actividad probatoria en orden a demostrar el fraude cometido por el beneficiario, en connivencia con su empresa para obtener una pensión de jubilación superior a la que en principio le correspondería. Por lo tanto, es obvio que la regulación del Código civil no solapa y deja sin efecto la específica de la LGSS, sino que ésta es de aplicación preferente en los dos años inmediatamente precedentes a la solicitud de la pensión de jubilación por el beneficiario, mientras que la regulación civil se aplicará con carácter subsidiario para aquellos años para los que la normativa social no establece ninguna previsión. Por ello es erróneo decir que aun cuando no existiera el artículo 162 la solución podría ser exactamente la misma con la cobertura que proporciona el Código Civil<sup>36</sup>: es cierto que habría cobertura también para los dos primeros años, pero no sería la misma, ya que requeriría en todo caso probar el fraude, algo que con la existencia del artículo 162 no es preciso, tal y como se ha expuesto anteriormente.

La interpretación que postulamos también sirve para aclarar el problema sobre la vigencia o no en la actualidad del artículo 162.2.º, 3.º y 4.º en sus estrictos términos. Frente a aquellos que opinan que el referido precepto debe entenderse ampliado a todo el período que sea necesario en cada momento para calcular la base reguladora de la pensión de jubilación, de acuerdo con la teoría que aquí se sostiene, la regulación de dicho artículo resulta ser aplicable única y exclusivamente a los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de la pensión, aplicándose al resto la normativa civil en los términos expuestos anteriormente. Queda claro pues que de ningún modo y bajo ningún concepto estamos ante una ampliación del ámbito de aplicación del artículo 162 más allá del período al que literalmente se refiere.

Siendo así las cosas, evidentemente decae también el argumento de aquellos que entienden que la regulación contenida en el artículo 162 2.º, 3.º y 4.º LGSS crea inseguridad jurídica para el interesado, y en ciertos casos indefensión. Así lo manifiestan quienes defienden que la normativa contenida en el mismo es ampliable a todo el período que se tenga en cuenta en cada momento para el cálculo de la pensión de jubilación. Sin embargo, debe ponerse de relieve una vez más que el contenido del

---

<sup>36</sup> Así lo manifiestan por ejemplo SEMPERE NAVARRO, Antonio, *Jurisprudencia para unificación de doctrina social* 1992, Pamplona, Aranzadi, 1993, p. 311.

referido artículo no se ha visto ampliado, ni con la entrada en vigor de la nueva normativa referente al cálculo de base reguladora, ni con la interpretación que de la misma realiza el Tribunal Supremo, sino que se sigue aplicando en sus estrictos términos, con lo cual no se produce en ningún caso inseguridad jurídica, ya que la normativa es clara en cuanto a su aplicación a los dos años precedentes exclusivamente, de forma que el interesado sabe que todo incremento que supere lo marcado por su convenio colectivo no se le va a computar a efectos de cálculo de la pensión de jubilación salvo que consiga demostrar la realidad y legalidad del mismo. Cosa distinta es que se alegue el fraude y se consiga probar, con lo cual lógicamente se eliminarán todos los incrementos que se hayan producido con ese carácter fraudulento.

En consecuencia y como síntesis de todo lo hasta este momento expuesto, pueden extraerse los siguientes puntos:

- El Real Decreto Ley 13/1981 nace como consecuencia de la necesidad de luchar contra el fraude en materia de Seguridad Social estableciendo una normativa distinta de las normas generales antifraudulentas recogidas en el Código Civil, y realizando una inversión de la carga de la prueba, de forma que en lugar de probar el fraude quien lo alega, en los supuestos recogidos en dicho Real Decreto se va a presumir la existencia de dicho fraude, y será el interesado quien deberá demostrar que no hay tal, justificando la realidad de los incrementos experimentados en sus bases de cotización. Esta norma, sin embargo, tenía un límite temporal muy claro: los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de la pensión de jubilación.
- Las posteriores modificaciones sufridas en la regulación de la pensión de jubilación, por lo que se refiere a la ampliación de los años que se tienen en cuenta para el cálculo de la base reguladora, no van a incidir en absoluto en la norma a la que nos referimos, que sigue disponiendo del mismo tenor literal y en dichos términos se incorpora a la nueva Ley General de Seguridad Social que como texto refundido nace en el año 1994.
- Cuando se constate y se demuestre convenientemente que el interesado ha incrementado artificialmente sus cotizaciones con objeto de obtener una mayor pensión de jubilación, se podrá instar la reducción de dichos incrementos, pero no en aplicación de la normativa prevista en la LGSS sino de las normas civiles que prohíbe el fraude.

Una vez aclarada la normativa aplicable en cada uno de los supuestos, cuestión distinta es determinar si realmente en estos casos se puede

entender que existe fraude. En los tiempos en que la pensión de jubilación se calculaba teniendo en cuenta las cotizaciones de dos años, pudiera ser más o menos previsible que el beneficiario se viera tentado a actuar de forma contraria a derecho, tal y como se ha expuesto profusamente en los epígrafes precedentes. Sin embargo, se puede discrepar del hecho de considerar conducta fraudulenta a quien experimenta un incremento injustificado en su retribución, por ejemplo diez años antes de la fecha prevista para su jubilación, y durante esos diez años tanto trabajador como empresa abonan el coste real de sus cotizaciones. ¿Se puede considerar que ha existido conducta fraudulenta y por tanto reducir las bases de cotización del beneficiario durante un período de tiempo tan prolongado?, e incluso ¿podría reclamar el interesado la devolución de las cuotas ingresadas indebidamente?

La segunda de las cuestiones se planteó judicialmente en una ocasión<sup>37</sup>, manifestando el recurrente que en caso de minorarse sus bases de cotización, la Tesorería se habría enriquecido injustamente, aceptando unas cotizaciones que de antemano puede saber incorrectas. El Tribunal mantiene con acierto que el hecho de que ésta haya estado admitiendo cotizaciones que suponían aumentos desorbitados y no haya tenido en su caso una cuidada y correcta actividad inspectora no puede legitimar la actuación del beneficiario. Realmente en principio no parecería justo la devolución de las cotizaciones toda vez que el interesado no sólo cotiza a efectos de obtener una pensión de jubilación —como si fueran aportaciones a un plan privado de pensiones—, sino que sus bases de cotización también le pueden haber servido para la obtención de otras prestaciones del sistema de Seguridad Social. Sin embargo lo cierto es que es difícil observar un fraude cuando el presunto infractor lo que está haciendo es abonar más cotizaciones de las debidas<sup>38</sup>, y menor apariencia de fraude habrá cuando el inicio de los incrementos se encuentre más lejos de la fecha de jubilación<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Sentencia del TSJ de Cataluña de 12 de julio de 1996 (AS 4169).

<sup>38</sup> «El fraude de ley implica la intención de obtener un fin prohibido por el ordenamiento jurídico, y es harto problemático el poder sostener que el ordenamiento jurídico prohíbe mejorar la cuantía de la base reguladora, cuando para ello se está soportando el coste real que lo hace posible» CONDE MARTÍN DE HIJAS, Vicente, «Nota especial a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 11 de diciembre de 1996», *Actualidad Laboral* (1997), p. 1.047.

<sup>39</sup> Sentencia del TSJ de La Rioja de 20 de enero de 1998 (AS 167): el interesado tenía 53 años cuando se produjo el incremento de sus bases de cotización y aunque posteriormente se jubiló anticipadamente, para la Sala es mucho suponer que ya desde entonces pensara en dicha posibilidad y subiera sus cotizaciones a efectos defraudatorios.