

# LA PROHIBICIÓN DE INCREMENTAR INJUSTIFICADAMENTE LAS BASES DE COTIZACIÓN EN EDADES PRÓXIMAS A LA JUBILACIÓN\*

FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Acreditado a Catedrático de Universidad  
Universidad Pompeu Fabra*

## EXTRACTO

**Palabras clave: Fraude de ley; base de cotización; incremento injustificado; pensión de jubilación; Seguridad Social.**

El presente estudio tiene por objeto analizar la previsión legal contemplada en el artículo 162 (apartados 2º, 3º y 4º) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que, a la hora de calcular la base reguladora de la pensión de jubilación, impide computar los incrementos de las bases de cotización producidos en los dos últimos años, cuando éstos sean consecuencia de aumentos salariales superiores al incremento medio interanual experimentado en convenio colectivo aplicable; cuando provengan de decisiones unilaterales del empresario en el ejercicio de sus facultades organizativas; o cuando deriven de pactos efectuados en función del cumplimiento de una determinada edad próxima a la jubilación. La finalidad de estas reglas, y de sus excepciones, es la de evitar incrementos injustificados de las bases de cotización a los efectos de aumentar artificialmente la pensión de jubilación. En este punto, una interpretación jurisprudencial extensiva del fraude, podría lesionar el derecho a la promoción económica a través del trabajo reconocido en el artículo 35.1 de la Constitución Española, y otros principios del Derecho del Trabajo.

## ABSTRACT

**Key words: Legal fraud; base of contribution; unjustified increase; retirement pension; Social Security.**

This study aims to examine the legal provisions referred to article 162 (paragraphs 2, 3 and 4) of the Consolidated Text of the General Law on Social Security. This norm prevents increases of the contribution bases produced in the two previous years of the pension retirement. These increases not allowed in order calculating the regulatory base of the pension, can be produced because of salary increases higher to annual average increase established in collective agreement; because of unilateral decisions by employers in the performance of his organizational powers; or because of agreements made between employer and worker near to retirement. The purpose of the rules contained in that provision, and its exceptions, is to avoid artificial increases in contribution bases without reasonable justification, as the sole purpose is increasing the retirement pension. Despite the work done by the courts, a broad interpretation of fraud could damage the right to economic promotion through work recognized in Article 35.1 of the Spanish Constitution, and other principles of the labor law.

\* El presente estudio ha sido desarrollado en el marco del proyecto de investigación titulado: "Edad, empleo y vulnerabilidad social" (2014-2016), financiado a cargo del Ministerio de Economía y Competitividad, y con número de referencia: DER 2013-47917-C2-1-R.

## ÍNDICE

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y DELIMITACIÓN DE LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO
2. EL PERÍODO DE TIEMPO AL QUE SE CIRCUNSCRIBE LA PROHIBICIÓN DE INCREMENTAR INJUSTIFICADAMENTE LAS BASES DE COTIZACIÓN
3. LA CARGA DE PROBAR LA CONDUCTA FRAUDULENTO
4. CASOS EN QUE OPERA LA PRESUNCIÓN DE FRAUDE
  - 4.1. Aproximación conceptual al fraude de ley en el incremento injustificado de bases de cotización
  - 4.2. Los incrementos salariales superiores al incremento medio interanual convencional o sectorial
  - 4.3. Los incrementos salariales producidos por decisión unilateral del empresario en virtud de sus facultades organizativas
  - 4.4. Los incrementos salariales pactados exclusiva o fundamentalmente en función de la edad de jubilación
5. EXCEPCIONES A LA PRESUNCIÓN DE FRAUDE
  - 5.1. Los incrementos salariales por antigüedad y ascensos previstos legal o convencionalmente
  - 5.2. Los incrementos salariales por conceptos retributivos previstos legal o convencionalmente
  - 5.3. Los incrementos salariales justificables por otras vías
6. EFECTOS DEL INCREMENTO INJUSTIFICADO DE LAS BASES DE COTIZACIÓN
7. CONCLUSIONES

## 1. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y DELIMITACIÓN DE LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO

El artículo 162 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (en adelante TRLGSS) recoge en sus apartados 2º, 3º y 4º, toda una serie de reglas que pretenden impedir la elevación arbitraria de las bases de cotización durante los años cercanos a la jubilación, con el ánimo de incrementar así la base reguladora, y en consecuencia, la cuantía de dicha pensión<sup>1</sup>. Al análisis de dichos apartados vamos a dedicar las siguientes páginas, adelantando, por de pronto, que la redacción de este precepto es desordenada y poco rigurosa, y hubiera exigido una mayor precisión, máxime si se tiene en cuenta que están en juego toda una serie de expectativas prestacionales<sup>2</sup>. Por si fuera poco, y como

\* El presente estudio ha sido desarrollado en el marco del proyecto de investigación titulado: “Edad, empleo y vulnerabilidad social” (2014-2016), financiado a cargo del Ministerio de Economía y Competitividad, y con número de referencia: DER 2013-47917-C2-1-R.

<sup>1</sup> Según dicho precepto: “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

veremos más adelante, las recientes reformas legislativas producidas en el ámbito del Derecho individual del Trabajo (sobre sistemas de clasificación profesional), o en el de la negociación colectiva (sobre concurrencia de convenios colectivos), han afectado directamente a la materia objeto de estudio, generando incertidumbres que exigirán a su vez interpretaciones correctoras.

El antecedente normativo de dicho precepto hay que buscarlo en el Real Decreto Ley 13/1981, de 20 de agosto, sobre determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación de la Seguridad Social<sup>3</sup>, norma que se dictó como consecuencia del Acuerdo Nacional sobre Empleo suscrito el 9 de junio de 1981 entre el Gobierno y las patronales y sindicatos más representativos, con el ánimo de luchar contra el fraude en materia de Seguridad Social, evitando determinadas irregularidades que se registraban en la fijación de la base reguladora de la pensión de jubilación<sup>4</sup>, que en aquel entonces se calculaba dividiendo entre veintiocho la suma de las bases de cotización a la Seguridad Social de un período ininterrumpido de veinticuatro meses, elegido por el beneficiario dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha en que causaba el derecho a la pensión.

*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”.*

<sup>2</sup> Salvador Perez, F., Blasco Raseró, C., “Artículo 162”, en AA.VV. *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, ed. Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 1058 y ss. Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, *Información Laboral. Jurisprudencia*, nº 4, 2009, pág. 12 y ss.

<sup>3</sup> BOE de 29 de agosto de 1981.

<sup>4</sup> García Ninet, I., “En torno a la supervivencia del Real Decreto-Ley 13/1981, de 20 de agosto sobre determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación (breve comentario)”, *Tribuna Social*, nº 19, 1992, pág. 58 y ss. De La Fuente, D., “Incremento de bases de cotización en los períodos previos a la jubilación. Nuevas normas promulgadas para la determinación de la base reguladora”, *Consell Obert*, nº 100, 1996, pág. 25 y ss.

A tal efecto, determinaba su artículo 1.1, que de la base de cotización se eliminarían los incrementos de los dos últimos años, que fueran superiores al interanual experimentado en el Convenio Colectivo aplicable o, en su defecto, al incremento medio del correspondiente sector, excepto en toda caso: los incrementos salariales que fueran consecuencia de antigüedad o ascensos reglamentarios, y cuya realidad y legalidad pudiera verificarse. Dicha norma asumía la doctrina que el extinto Tribunal Central de Trabajo<sup>5</sup> había sentado al respecto.

El artículo 162 del actual TRLGSS en sus apartados segundo, tercero y cuarto, recoge literalmente lo dispuesto en el artículo 1 del Real Decreto-Ley 13/1981, al que deroga expresamente<sup>6</sup>, y prohíbe incrementar artificialmente las bases de cotización de la pensión de jubilación a través de aumentos salariales injustificados, en lo que sería una manifestación del fenómeno habitualmente conocido como de compra de prestaciones. La finalidad de las reglas contenidas en el precepto que analizamos sigue siendo la de evitar el fraude prestacional, a través de incrementos artificiales de las bases de cotización sin justificación razonable, y a los solos efectos de incrementar la pensión de jubilación<sup>7</sup>. O si se quiere, la de evitar irregularidades que permitan prestaciones de jubilación sobre cotizaciones no ajustadas a niveles salariales reales<sup>8</sup>.

Dicho precepto constituye una excepción concreta y expresa a lo dispuesto en el artículo 120.2 del TRLGSS, que establece que la cuantía de las pensiones se determinará en función de la totalidad de las bases por las que se haya efec-

<sup>5</sup> STCT de 25 de febrero de 1982 (RTCT 1982/313); STCT de 6 de junio de 1983 (RTCT 1983/5219); STCT de 2 de diciembre de 1986 (RTCT 1986/12966).

<sup>6</sup> Así lo establecía la Disposición Derogatoria, letra f), de dicha norma.

<sup>7</sup> Alarcón Caracuel, M.R., González Ortega, S., *Compendio de Seguridad Social*, ed. Tecnos, Madrid, 1991, pág. 274. Almansa Pastor, J.M., *Derecho de la Seguridad Social*, ed. Tecnos, Madrid, 1991, pág. 473. Alonso Olea, M., Tortuero Plaza, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, 18ª ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 352. Gorelli Hernández, J., Rodríguez Ramos, M.J., Vílchez Porras, M., *Sistema de Seguridad Social*, 12ª ed. Tecnos, Madrid, 2010, pág. 263. Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C.M., Quesada SegurA, R., *Manual de Seguridad Social*, 10ª ed. Tecnos, Madrid, 2014, pág. 377. Blasco Lahoz, J., López Gandía, J., *Curso de Seguridad Social*, 6ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 519. Gorelli Hernández, J., Vílchez Porras, M., Álvarez Alcolea, M., Val De Tena, A.I., Gutiérrez Pérez, M., *Lecciones de Seguridad Social* 4ª ed. Tecnos, Madrid, 2014, pág. 270. Martínez Abascal, V.A., Herrero Martín, J.M., *Curso de Derecho de la Protección Social*, ed. Tecnos, Madrid, 2013, pág. 372.

<sup>8</sup> Salvador Pérez, F., Blasco Rasero, C., "Artículo 162", en AA.VV. *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, ob. cit. pág. 1058 y ss. Fernández Orrico, F.J., *La Inspección de Trabajo frente al fraude en las prestaciones de Seguridad Social*, ed. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2014, pág. 366 y ss.

tuado la cotización durante los períodos que se señalen<sup>9</sup>. Y a través del mismo, el legislador establece una presunción legal de fraude, que trata de atajar tanto los incrementos reales de las bases de cotización, aunque injustificados, como los incrementos nacidos de la pura simulación<sup>10</sup>.

Además, el artículo 162 del TRLGSS es una norma que no puede aplicarse por analogía a otras situaciones protegidas, como es la incapacidad permanente (lo que no impide investigar las bases de cotización que dieron lugar a tal pensión por si pusieran de manifiesto una actitud fraudulenta ordenada a la obtención de una mejor prestación). Otro tanto respecto de las pensiones de viudedad y de orfandad, puesto que el hecho causante es impredecible, y resulta difícil entender que alguien pueda estratégicamente incrementar la base de cotización en los dos años anteriores al hecho causante<sup>11</sup>.

Hay que tener en cuenta que en el nivel contributivo de la Seguridad Social, la acción protectora busca fundamentalmente suplir la pérdida de retribuciones derivadas de la imposibilidad temporal o definitiva de la actividad profesional como consecuencia de la actualización del riesgo o contingencia de que se trate, a través de prestaciones económicas sustitutivas. Pero dicha acción protectora ha de respetar el principio de solidaridad (que apela a un sistema de Seguridad Social basado a su vez en el principio de reparto y no en el de la estricta capitalización), y el principio de igualdad (por el que dos trabajadores con un mismo esfuerzo de cotización no pueden cobrar de modo diferente). Teniendo en cuenta que está prohibido el lucro insolidario de prestaciones públicas de Social, es fraudulento el acto consistente en incrementar artificialmente las bases de coti-

<sup>9</sup> Por otra parte, en aplicación de lo dispuesto en el art. 109.1 del TRLGSS: “*La base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena...*”. En términos similares se expresa el artículo 23.1 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social.

<sup>10</sup> Rivas Vallejo, P., “Cuantía de la prestación”, en AA.VV. *Pensiones por jubilación o vejez*, ed. Thomson Aranzadi, Madrid, 2004, pág. 173. Vivas Larruy, A., “A vueltas sobre el incremento de bases de cotización a efectos de la pensión de jubilación”, *Consell Obert*, n° 102, 1996, pág. 32 y ss.

<sup>11</sup> Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 14. Rivas Vallejo, P., “Cuantía de la prestación”, ob. cit. pág. 176.

zación con vistas a obtener una mayor pensión de jubilación, dado que dicha conducta va en contra de estos principios de solidaridad e igualdad<sup>12</sup>.

Tampoco hay que olvidar que la lucha contra el fraude a la Seguridad Social es un tema especialmente trascendente que ha justificado la adopción legislativa de ciertas medidas, expresadas recientemente en la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social<sup>13</sup>.

## **2. EL PERÍODO DE TIEMPO AL QUE SE CIRCUNSCRIBE LA PROHIBICIÓN DE INCREMENTAR INJUSTIFICADAMENTE LAS BASES DE COTIZACIÓN**

Inicialmente, el artículo 5 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y el desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social, establecía que, a efectos de determinar la cuantía de la pensión de vejez (jubilación), la base reguladora sería el cociente que resultase de dividir por veintiocho, la suma de las bases de cotización del trabajador durante un período ininterrumpido de veinticuatro meses naturales, aún cuando dentro del mismo existiesen lapsos en los que no hubiera habido obligación de trabajar.

Con dicha norma, podría tener sentido la regulación estipulada por el Real Decreto-Ley 13/1981 sobre determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación, hoy integrada en el artículo 162 del TRLGSS, a efectos de evitar el incremento injustificado de las bases de cotización durante el período de dos años (veinticuatro meses) anteriores al hecho causante<sup>14</sup>. Es decir, el que la regla

<sup>12</sup> Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 4 y ss.

<sup>13</sup> Es más, la Ley Orgánica 7/2012 de 27, de diciembre, ha modificado a su vez la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, dando una nueva redacción al artículo 307 de dicho texto, el cual describe distintas conductas delictivas constitutivas de fraude a la Seguridad Social. Véase: Escobar Jiménez, R., “Aspectos relevantes del renovado delito de fraude de cotizaciones: notas para un debate”, en AA.VV. *Sostenibilidad y lucha contra el fraude en la Seguridad Social*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 65 y ss. También: Criado Gámez, J.M., “El nuevo delito de fraude de prestaciones de Seguridad Social: una visión crítica”, en AA.VV. *Sostenibilidad y lucha contra el fraude en la Seguridad Social*, ob. cit. pág. 87 y ss.

<sup>14</sup> García Ninet, I., “En torno a la supervivencia del Real Decreto-Ley 13/1981, de 20 de agosto sobre determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación (breve comentario)”,

se circunscribiera a los dos años inmediatamente anteriores al hecho causante, se debía a que en el año 1981, a la hora de calcular la base reguladora de la pensión de jubilación, se tomaban las bases de cotización del trabajador durante un período ininterrumpido de veinticuatro meses naturales.

Ahora bien, a medida que las sucesivas reformas legislativas en esta materia<sup>15</sup>, han ido incrementando no solamente los períodos mínimos de cotización necesarios para acceder a la pensión de jubilación, sino incluso el número de años que se deben tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora, la doctrina científica<sup>16</sup> discutió sobre la necesidad de ampliar o no el plazo de dos años de prohibición de incremento injustificado de las bases de cotización. Y así por ejemplo, mientras que algunos autores<sup>17</sup> defendieron abiertamente que dicho plazo resultaba insuficiente y que habría que extenderlo a todo el nuevo período que cabría tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora, otros<sup>18</sup>, por el contrario, defendían que el citado plazo, a falta de una reforma legislativa expresa, continuaba en vigor.

op. cit. pág. 58 y ss. De La Fuente, D., “Incremento de bases de cotización en los períodos previos a la jubilación. Nuevas normas promulgadas para la determinación de la base reguladora”, ob. cit. pág. 25 y ss. Rodríguez Gutiérrez, J., “Incrementos injustificados de las bases de cotización ante la proximidad de la jubilación”, en AA.VV. *Análisis de diversas cuestiones en materia de Seguridad Social*, ed. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pág. 244 y ss. Alegre Nueno, M., “Incrementos en las bases de cotización: ¿Son siempre admisibles para calcular la pensión de jubilación?”, *Capital Humano. Revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos* n° 229, 2009, pág. 122. Maldonado Molina, J.A., “Incrementos fraudulentos de bases de cotización”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. 4, n° 1, 2011, pág. 35 y ss. Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 2 y ss. Rivas Vallejo, P., “Cuantía de la prestación”, ob. cit. pág. 174, quien analiza la misma fórmula en otros ordenamientos jurídicos, como el italiano.

<sup>15</sup> Iniciadas con la 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, y continuadas con la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, y con la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Las distintas reformas legislativas han ido ampliando el período de cómputo de la base reguladora de la pensión de jubilación incrementándolo a ocho, quince y actualmente veinticinco años anteriores al hecho causante.

<sup>16</sup> Un análisis sobre dicha discusión doctrinal: Rodríguez Gutiérrez, J., “Incrementos injustificados de las bases de cotización ante la proximidad de la jubilación”, ob. cit. pág. 244 y ss. Rivas Vallejo, P., “Cuantía de la prestación”, ob. cit. pág. 175.

<sup>17</sup> Véase: Ordeig Fos, J.M., *El sistema español de Seguridad Social*, ed. EDERSA, Madrid, 1993, pág. 296.

<sup>18</sup> Alarcón Caracuel, M.R., González Ortega, S., *Compendio de Seguridad Social*, ob. cit. pág. 274. Almansa Pastor, J.M., *Derecho de la Seguridad Social*, ob. cit. pág. 473.

Ciertamente, con una interpretación literal de la norma, podría concluirse, pura y simplemente, que únicamente podría aplicarse la presunción legal de fraude a los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de la jubilación, de modo que cualquier incremento en las bases de cotización anterior en el tiempo, sí que debiera computarse a los efectos de calcular la base reguladora de una futura pensión de jubilación, con independencia de si estuviera o no justificado. Ahora bien, una interpretación de este tipo, podría legitimar conductas plenamente fraudulentas, consistentes en incrementos artificiales de las bases de cotización justo hasta los dos años anteriores al plazo establecido, y manteniendo con ello el ánimo defraudador.

Es por ello que sobre este tema (período de tiempo en el que opera la presunción de fraude de la conducta) también ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia, intentando descubrir cuál fue la intención de 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 en la actualidad, 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 con ella<sup>19</sup>.

Y en este punto el Tribunal Supremo, en su sentencia de 8 de abril de 1992<sup>20</sup>, posteriormente seguida por numerosos pronunciamientos jurisprudenciales<sup>21</sup> señaló que, desde su fijación por el Real Decreto Ley 13/1981, el período de dos años no ha sido ampliado legalmente. Ahora bien, ello no quita que si el beneficiario incrementa injustificadamente las bases de cotización más allá de este período de tiempo, con la finalidad de conseguir una pensión de jubilación superior a la que le correspondería, la consecuencia que debe extraerse no puede ser otra que la de ampliar el campo de reducción, debiendo tenerse en cuenta el incremento fraudulento de cotizaciones más allá de este período, puesto que lo contrario, supondría permitir el fraude.

<sup>19</sup> Alegre Nueno, M., “Incrementos en las bases de cotización: ¿Son siempre admisibles para calcular la pensión de jubilación?”, ob. cit. pág. 122. Rodríguez Gutiérrez, J., “Incrementos injustificados de las bases de cotización ante la proximidad de la jubilación”, ob. cit. pág. 246 y ss.

<sup>20</sup> Recurso nº 2011/1991. Véase el comentario efectuado por Oliet Gil, B., a la STS de 8 de abril de 1992, *Actualidad Laboral*, nº 37, 1992, pág. 2345 y ss.

<sup>21</sup> Seguida por los siguientes pronunciamientos: STS de 16 de octubre de 1987 (Recurso nº 7063/1987); STS de 22 de abril de 1998 (Recurso nº 2408/1997); STS de 27 de octubre de 1998 (Recurso nº 3616/1997); STS de 30 de enero de 2001 (Recurso nº 715/2000); STS de 29 de junio de 2001 (Recurso nº 2930/2000); y STS de 23 de noviembre de 2006 (Recurso nº 2978/2005).

En consecuencia, la jurisprudencia no circunscribe las reglas antes descritas al período de los dos años previstos expresamente en el precepto, sino que extiende a todo el período que se tiene en cuenta para el cálculo de la base reguladora. Pero en tales casos, no se trata, en sentido estricto, de entender ampliado el plazo de dos años a un período superior, sino de sancionar conductas fraudulentas y antisociales en base a la prohibición de fraude prevista en los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil, siempre que quede probado que con anterioridad, se produjeron incrementos injustificados de las bases de cotización. Dichos preceptos del Código Civil, proscriben el fraude, pero sobre todo, su aplicación supone también la aplicación del principio general del derecho según el cual, el fraude no se presume, y quien lo alega debe probarlo.

La discusión sobre la vigencia o no del plazo de dos años en que la conducta fraudulenta puede circunscribirse, quedó definitivamente zanjada con la entrada en vigor del TRLGSS del año 1994, dado que la norma que está siendo objeto de análisis asume el contenido de lo dispuesto en el artículo 1 del Real Decreto-Ley 13/1981. Cuestión distinta, como ha evidenciado la doctrina científica<sup>22</sup>, es la de determinar si se perdió una buena oportunidad para ampliar el período revisable, en lugar de mantenerlo en los dos años recogidos en la redacción inicial<sup>23</sup>.

En la práctica, el hecho de que no se haya ampliado el período temporal de dos años en el que puede darse un incremento ficticio de las bases de cotización, provoca que tal circunstancia apenas pueda afectar y tener incidencia en la cuantía final de la prestación<sup>24</sup>. Dado que el sistema tiende a dar menos peso proporcional a la cuota de cada mes (al ampliar los tramos temporales utilizados para la jubilación), es fácil concluir que cada vez resultará menos provechoso forzar un incremento artificioso de las bases de cotización en los dos últimos

<sup>22</sup> Rodríguez Gutiérrez, J., “Incrementos injustificados de las bases de cotización ante la proximidad de la jubilación”, ob. cit. pág. 244 y ss.

<sup>23</sup> Si bien, se concluye que ello tampoco sería merecedor de críticas, dado que cualquier modificación en este sentido, hubiera excedido del cometido de un Texto Refundido, que, por imperativo constitucional, sólo puede limitarse a refundir en un único texto legal las normas existentes en la materia, pero no modificarlas. Conde Martín De Hijas, V., “Nota especial a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 11 de diciembre de 1996”, *Actualidad Laboral*, nº 16, 1997 pág. 1046-1047, quien entiende sin embargo, que se podía haber incorporado la interpretación jurisprudencial existente en la materia en lugar de refundir en el TRLGSS el texto del Real Decreto Ley 13/1981.

<sup>24</sup> Marín Correa, J.M., “Comentario a la STSJ de Madrid de 13 de enero de 1992”, *Actualidad Laboral* nº 37, 1992, pág. 1471 y ss.

años. Precisamente las propuestas dirigidas a calcular la base reguladora de la pensión de jubilación en función de toda la vida laboral, se anuncian precisamente para beneficiar a aquellas personas con un itinerario de cotización accidentado o irregular, o para beneficiar a aquellos cuyos inicios profesionales fueron más prósperos que los últimos años<sup>25</sup>.

Pensemos que, con la regulación actual, la base reguladora de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, una vez superado el período transitorio de aplicación, será el cociente que resulte de dividir por trescientos cincuenta, las bases de cotización del interesado durante los trescientos meses (veinticinco años) anteriores al hecho causante. Y si bien es cierto que las bases correspondientes a los veinticuatro meses anteriores al mes previo al del hecho causante se computarán en su valor nominal (artículo 162.1.1 del TRLGSS) -circunstancia que podría justificar el sentido de la norma comentada-, no menos cierto es que un incremento durante tal período puede resultar casi inapreciable, respecto de la cuantía final.

Actualmente, para conseguir una alteración sustancial de la base reguladora de dicha pensión mediante una subida salarial, sería preciso que esta última se produjese con mucha antelación al momento de la jubilación y se mantuviese durante muchos años, de forma que la relación entre el coste de la cotización inherente a la subida salarial y el beneficio consistente en la elevación de la cuantía de la pensión no implica ya el desproporcionado beneficio que se podía producir cuando únicamente se tomaban en cuenta dos años de cotización<sup>26</sup>.

Desde esta perspectiva es posible que la tendencia, en la interpretación jurisprudencial, sea la de apreciar que, salvo que existan pruebas claras de ánimo fraudulento, deban considerarse válidas las bases de cotización incrementadas en años muy anteriores a los dos inmediatos al hecho causante, al tratarse en definitiva de cuotas ingresadas en base a una actividad profesional existente, y que conllevaron un esfuerzo contributivo<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 2 y ss. Fernández Orrico, F.J., *La Inspección de Trabajo frente al fraude en las prestaciones de Seguridad Social*, ob. cit. pág. 368 y ss.

<sup>26</sup> STSJ de Castilla y León de 21 de noviembre de 2012 (Recurso nº 2061/2012).

<sup>27</sup> Maldonado Molina, J.A., “Incrementos fraudulentos de bases de cotización”, ob. cit. pág. 35 y ss.

De hecho, no es de extrañar que la doctrina judicial<sup>28</sup> haya interpretado que no existe apariencia de fraude cuando el inicio de los incrementos se encuentra más lejos de la fecha de jubilación, o que incluso no llegue a apreciarlo si los incrementos tan sólo se produjeron con anterioridad a los dos años previos a la solicitud de la jubilación, pero no durante éstos últimos, ya que en tales casos no cabe deducir que dicho incremento se produjera en cumplimiento de una edad próxima a la jubilación.

### 3. LA CARGA DE PROBAR LA CONDUCTA FRAUDULENTA

Por lo que respecta al fraude de ley ha de tenerse en cuenta que el mismo no se presume, sino que debe probarse. En aras a la seguridad jurídica, ha de estimarse que los derechos se ejercitan normalmente conforme al fin para el que han sido reconocidos, de modo que, para que se aprecie fraude, quien lo alega, debe probarlo. La no presunción del fraude ha venido siendo defendida por una constante y reiterada doctrina jurisprudencial<sup>29</sup>, que ha insistido en que el ordenamiento jurídico parte siempre de la presunción de buena fe en las conductas que se desarrollan en el tráfico jurídico, no pudiendo presumirse el fraude de ley, salvo aquellos casos en que la ley lo declare expresamente. Y es precisamente porque la ley (artículo 162 del TRLGSS) presume el carácter fraudulento de la conducta, que la Entidad Gestora queda exonerada de la carga de probar que los incrementos salariales producidos durante los dos últimos años, estaban exclusivamente dirigidos a incrementar la base reguladora de la futura pensión de jubilación<sup>30</sup>.

Por ello, a la hora de probar la presunta conducta fraudulenta consistente en el incremento injustificado de las bases de cotización, hay que distinguir dos períodos temporales perfectamente diferenciables: el de los dos años inmediatamente anteriores al hecho causante; y aquél que excede del mismo<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> STSJ de Galicia de 8 de febrero de 2010 (Recurso nº 4921/2006), para un fuerte incremento cuya cifra se mantuvo durante un dilatado período de tiempo de quince años; STSJ de Canarias de 26 de septiembre de 2013 (Recurso nº 1668/2011) que alude a seis años; STSJ del País Vasco de 10 de enero de 2012 (Recurso nº 2559/2011), que alude a trece años; STSJ de Andalucía de 6 de mayo de 2010 (Recurso nº 2510/2009); STSJ de Galicia de 8 de febrero de 2010 (Recurso nº 4921/2006); STSJ de Cataluña de 5 de diciembre de 2003 (Recurso nº 344/2002); STSJ de La Rioja de 20 de enero de 1998 (Recurso nº 330/1997).

<sup>29</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7266) y de 13 de marzo de 1991 (RJ 1991/1851).

<sup>30</sup> STSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2010 (Recurso nº 4634/2009).

<sup>31</sup> Rivas Vallejo, P., “Cuantía de la prestación”, ob. cit. pág. 177.

En el primero de estos períodos (el de los dos años inmediatamente anteriores al hecho causante), cabe aplicar literalmente el artículo 162. 2º, 3º y 4º del TRLGSS de donde se desprende que tales incrementos de las bases de cotización se presumen fraudulentos y han de ser excluidos del cómputo de la base reguladora de la pensión de jubilación en los términos allí expuestos, correspondiendo al beneficiario demostrar la justificación y objetividad de los mismos, ajena a cualquier propósito fraudulento. En este punto, el artículo 162.2 del TRLGSS tiene naturaleza objetiva y es de aplicación siempre que se dé el supuesto de hecho allí descrito. Y pese a que algún pronunciamiento judicial<sup>32</sup> ha entendido que estamos ante una presunción “*iuris et de iure*”, por venir fijada legalmente, en realidad, estamos ante una presunción “*iuris tantum*”<sup>33</sup>, que admite prueba en contra a cargo del beneficiario, presunción “*iuris tantum*” de fraude que no puede ser interpretada de forma extensiva, debiendo limitarse al período que fija la ley.

El que la norma en cuestión no contemple una presunción “*iuris et de iure*”, lo evidencian las propias excepciones recogidas por el legislador. Y así, se van a computar los incrementos producidos en las bases de cotización durante los dos últimos años (aunque sean superiores a los previstos en el convenio colectivo o en el sector): cuando los mismos procedan de la aplicación de normas legales o convencionales sobre antigüedad; cuando sean consecuencia de un ascenso; o cuando deriven de cualquier concepto retributivo previsto legal o convencionalmente. En tales casos los incrementos no se presumirán fraudulentos si el trabajador prueba que derivan de alguna de tales circunstancias.

Respecto a los medios probatorios de que puede disponer el trabajador, la doctrina judicial<sup>34</sup> ha insistido en que no son suficientes los recibos de salarios o nóminas, para acreditar y excluir el fraude de ley, máxime cuando éstos son exorbitantes y no se corresponden con las ganancias de la empresa. Tampoco basta para justificar el incremento de las bases de cotización, genéricas alegaciones sobre la “bonanza en el sector de la construcción”, o “el aumento de los salarios como consecuencia de una mejor situación de la empresa”, si dichas ganancias de la empresa no se acreditan, ni hay datos que permitan la comparación de ejercicios contables<sup>35</sup>. Tampoco se ha entendido que sea un medio válido

<sup>32</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de octubre de 2010 (Recurso nº 1324/2009).

<sup>33</sup> STSJ de Cataluña de 9 de abril de 1998 (Recurso nº 3260/1997).

<sup>34</sup> STSJ de Castilla y León de 19 de julio de 2012 (Recurso nº 491/2012); STSJ de Castilla y León de 17 de noviembre de 2010 (Recurso nº 637/2010).

<sup>35</sup> STSJ de Cataluña de 1 de junio de 2012 (Recurso nº 2332/2011).

de prueba la hoja de cálculo de la base reguladora que consta en el expediente administrativo o el escrito de reclamación previa a la Entidad Gestora<sup>36</sup>.

Sea como fuere, la ausencia absoluta de justificación, tanto a cargo del trabajador, como del empresario, del motivo por el que se efectuaron dichos incrementos salariales, obligaría a concluir que los incrementos fueron fraudulentos<sup>37</sup>. Hay que tener en cuenta que los medios de prueba no han de entenderse reducidos a los de directa eficacia, sino que también ha de darse virtualidad a los medios indirectos entendiendo por tales aquellos que se deduzcan de las propias posiciones de las partes procesales e, incluso, de la mayor o menos facilidad probatoria al respecto, siendo el fraude apreciable por el Juzgador de instancia.

En el segundo de estos períodos (aquél que excede de los dos años inmediatamente anteriores al hecho causante), cabe aplicar literalmente los artículos 6.4º y 7.2º del Código Civil. Tal y como ha evidenciado la doctrina científica<sup>38</sup>, la jurisprudencia<sup>39</sup>, y la doctrina judicial<sup>40</sup> el carácter fraudulento de las cotizaciones que exceden del período de dos años, no puede presumirse, sino que habrá de probarse por la Entidad Gestora. Se desprende de esta doctrina que el período de dos años puede perfectamente extenderse a todo el que haya de tenerse en cuenta para el cálculo de la base reguladora, por más que esta extensión no puede operar de forma automática, sino que es necesario entonces demostrar la existencia de fraude.

Ello significa, por aplicación del actual artículo 217.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), que para poder ampliar la reducción de los incrementos experimentados en las bases de cotización a períodos que excedan de los dos últimos años, la Entidad Gestora deberá probar la existencia de un

<sup>36</sup> STSJ de La Rioja de 20 de enero de 1998 (Recurso nº 330/1997).

<sup>37</sup> STSJ de Andalucía de 24 de mayo de 2012 (Recurso nº 714/2012).

<sup>38</sup> Alegre Nueno, M., “Incrementos en las bases de cotización: ¿Son siempre admisibles para calcular la pensión de jubilación?”, ob. cit. pág. 122. Rodríguez Gutiérrez, J., “Incrementos injustificados de las bases de cotización ante la proximidad de la jubilación”, ob. cit. pág. 254 y ss. Maldonado Molina, J.A., “Incrementos fraudulentos de bases de cotización”, ob. cit. pág. 35 y ss. Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 2 y ss. Fernández Orrico, F.J., *La Inspección de Trabajo frente al fraude en las prestaciones de Seguridad Social*, ob. cit. pág. 369 y ss.

<sup>39</sup> STS de 23 de febrero de 1987 (RJ 1987/1098).

<sup>40</sup> STSJ de Cataluña de 28 de febrero de 2014 (Recurso nº 5273/2013); STSJ de Canarias de 26 de septiembre de 2013 (Recurso nº 1668/2011); STSJ de Galicia de 15 de abril de 2011 (Recurso nº 5576/2007).

ánimo defraudador por parte del beneficiario de la pensión. En caso contrario, es decir, si la Entidad Gestora no desarrolla ninguna actividad probatoria, los incrementos se entenderán válidos y eficaces<sup>41</sup>.

Para que fuera del marco temporal de esos dos años se pueda considerar fraudulenta una subida salarial por encima de las exigencias de la negociación colectiva, con la correspondiente elevación de las bases de cotización, es preciso que, además de la mera subida salarial, aparezcan otros elementos que permitan sostener la existencia de fraude. No basta por ello con los meros datos objetivos del artículo 162 del TRLGSS, puesto que éstos sólo cobran su virtualidad en el seno de las previsiones de dicho precepto<sup>42</sup>. Y la regulación del artículo 217 de la LEC, no deja sin efecto la específica previsión normativa del TRLGSS (artículo 162), sino que ésta es de aplicación preferente en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de la pensión de jubilación por el beneficiario, mientras que la regulación civil se aplica con carácter supletorio para aquellos años en los que la normativa social no establece ninguna previsión.

Para proceder a ello, es decir, para probar el fraude, la Entidad Gestora podrá servirse de los informes emitidos por la Inspección de Trabajo<sup>43</sup>. Pero la prueba de la existencia de fraude en un proceso como el laboral, aunque siempre será más plena si la Entidad Gestora (a quien corresponde su carga), aporta datos en el expediente administrativo de los que se desprenda taxativamente su existencia, puede darse también mediante la prueba de presunciones<sup>44</sup>. En la actualidad el artículo 386.1 de la LEC establece sobre las presunciones judiciales que: *“a partir de un hecho admitido o probado, el Tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”*.

<sup>41</sup> STSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2012 (Recurso nº 4435/2011); STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de febrero de 2010 (Recurso nº 1580/2009); STSJ de Cataluña de 18 de junio de 2004 (Recurso nº 1839/2004); STSJ de Cataluña de 17 de noviembre de 2003 (Recurso nº 298/2001); STSJ de Asturias de 30 de marzo de 2001 (Recurso nº 1061/2000); STSJ de Cataluña de 31 de marzo de 2001 (Recurso nº 7605/2000); STSJ de Asturias de 26 de enero de 2001 (Recurso nº 589/2000); STSJ de Cataluña de 14 de noviembre de 2000 (Recurso nº 3284/2000); STSJ de La Rioja de 11 de diciembre de 1997 (Recurso nº 289/1997); STSJ de Cataluña de 4 de abril de 1997 (Recurso nº 2006/1997).

<sup>42</sup> Alegre Bueno, M., “Incrementos en las bases de cotización: ¿Son siempre admisibles para calcular la pensión de jubilación?”, ob. cit. pág. 122.

<sup>43</sup> Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 14.

<sup>44</sup> Rivas Vallejo, P., “Cuantía de la prestación”, ob. cit. pág. 186.

Es por ello que los pronunciamientos judiciales<sup>45</sup> han permitido que la Entidad Gestora no aporte una prueba plena y taxativa de la existencia de fraude, bastando la prueba de presunciones, cuando exista un enlace preciso y directo (según las reglas del criterio humano), entre el hecho demostrado y aquél que se trata de deducir. La acreditación mediante indicios de la existencia de una conducta fraudulenta en modo alguno supone que se presuma la misma, únicamente implica que, aun cuando no se haya reconocido la existencia del fraude, el mismo se ha inferido lógicamente a partir de diferentes indicios debidamente probados.

Naturalmente, ello no supone que el fraude se presuma, sino que, a partir de unos indicios acreditados, el órgano judicial infiere lógicamente la existencia del fraude<sup>46</sup>. Además, la apreciación del fraude (normalmente por la vía de la presunción regulada en el artículo 386 de la LEC) constituye una mera cuestión de hecho que corresponde fijar en exclusividad al Magistrado de instancia (la inmediatez en la práctica de las pruebas permite valorarlas más adecuadamente) y tan sólo resulta censurable en trámite de recurso cuando según las reglas del criterio humano falte un enlace preciso y lógico entre los hechos demostrados y el que se trata de deducir.

Dadas las consecuencias negativas que acarrea para el beneficiario este tipo de prueba de presunciones, las mismas deben ser apreciadas con cautela, debiendo exigirse la máxima rigurosidad posible en su valoración. Hay que tener en cuenta que el fraude no puede ser apreciado de manera indiscriminada, sino tras un juicio de racionalidad, ponderando en cada caso concreto las circunstancias concurrentes<sup>47</sup>. Así, algún pronunciamiento judicial<sup>48</sup> ha señalado que, aun cuando no exista justificación alguna para los incrementos, salvo la decisión voluntaria y unilateral de la empresa en el uso de sus facultades organizativas,

<sup>45</sup> STSJ de Cataluña de 28 de febrero de 2014 (Recurso nº 5273/2013); STSJ de Canarias de 26 de septiembre de 2013 (Recurso nº 1668/2011); STSJ de Cataluña de 24 de octubre de 2012 (Recurso nº 1517/2012); STSJ de Cataluña de 1 de junio de 2012 (Recurso nº 2332/2011); STSJ de Cataluña de 4 de abril de 2010 (Recurso nº 476/2009); STSJ de Cataluña de 22 de julio de 2010 (Recurso nº 504/2010); STSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2010 (Recurso nº 4635/2009); STSJ de Aragón de 3 de abril de 2003 (Recurso nº 1146/2002); STSJ de Galicia de 10 de febrero de 2003 (Recurso nº 1056/2000); STSJ de Cataluña de 12 de julio de 2000 (Recurso nº 997/1998).

<sup>46</sup> STSJ del País Vasco de 5 de octubre de 2010 (Recurso nº 1707/2010).

<sup>47</sup> STSJ de Cataluña de 6 de julio de 2011 (Recurso nº 2125/2011); STSJ de Cataluña de 3 de mayo de 2007 (Recurso nº 1075/2006); STSJ de Cataluña de 3 de mayo de 2007 (Recurso nº 1075/2006).

<sup>48</sup> STSJ de Cataluña de 4 de abril de 1997 (AS 1997/2006).

ello no implica necesariamente que exista 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.

La jurisprudencia<sup>49</sup> ha recordado el uso rigorista que debe hacerse de tal medio de prueba. Y es que, como límite a la doctrina del fraude de ley, cabe recordar que la misma no puede excluir la posibilidad de quienes se hallen en edad próxima a la jubilación de progresar económica y profesionalmente, cuando así se den las causas que permitan justificar la promoción<sup>50</sup> ya que resulta excesivo, y hasta disconforme con el principio constitucional de igualdad, prohibir terminantemente, a efectos de cotización, toda progresión profesional no reglada durante periodos de tiempo anteriores a la jubilación. Una interpretación extensiva de la prueba de presunciones podría lesionar en este sentido, el derecho a la libertad de empleo y a la promoción a través del trabajo reconocidos ambos en el artículo 35.1 de la CE.

El derecho a la promoción a través del trabajo consagrado en el artículo 35.1 de la CE (y garantizado en el art 4.2 b) del ET), unido a la prohibición de discriminación por razón de edad prevista en el artículo 14 de la CE (así como en el artículo 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y la Directiva 2000/78 / CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000), unido a su vez al principio rector de la política social que informa que la práctica judicial ha de garantizar la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad (artículos 53.3 y 50 de la CE), impiden acudir a automatismos presuntivos que nos lleven a considerar que el mero incremento injustificado de remuneraciones salariales producido en los años inmediatos previos a la jubilación es indicio suficiente de la existencia de fraude<sup>51</sup>.

No es de extrañar que se haya criticado<sup>52</sup> el contrasentido que supone distinguir ambos periodos de tiempo (el de los dos últimos años, sujetos a la presunción “*iuris tantum*” de fraude, y el resto, en que no opera dicha presunción y se rige por el principio general del artículo 6.4 del Código Civil). Más sencillo y acorde con la realidad hubiera sido introducir una homogeneización

<sup>49</sup> STS de 23 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7326).

<sup>50</sup> STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2010 (Recurso nº 510/2010).

<sup>51</sup> STSJ de Cataluña de 6 de abril de 2011 (Recurso nº 2517/2011); STSJ de Cataluña de 11 de mayo de 2009 (Recurso nº 757/2008); STSJ de Cataluña de 10 de octubre de 2006 (Recurso nº 103/2005); STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 2001 (Recurso nº 4570/2000).

<sup>52</sup> Rivas Vallejo, P., “Cuantía de la prestación”, ob. cit. pág. 180.

sobre la base de prohibir el fraude con carácter general, y no de utilizar la técnica de presumir la mala fe y el fraude en el actuar del beneficiario.

#### **4. CASOS EN QUE OPERA LA PRESUNCIÓN DE FRAUDE**

##### **4.1. Aproximación conceptual al fraude de ley en el incremento injustificado de bases de cotización**

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 hubiera tratado de eludir<sup>53</sup>. Son requisitos consustanciales al fraude de ley: el acto contrario al ordenamiento jurídico, manifestado en la violación efectiva de una ley; el fin distinto de la ley en la que se quiere amparar la conducta fraudulenta, esto es, que la ley en que se base el acto no lo proteja porque su fin sea otro; y el propósito de burlar la ley (si bien este último requisito ha sido discutido)<sup>54</sup>.

Por lo que se refiere al primer requisito cabe decir que el acto contrario al ordenamiento jurídico sería el incremento injustificado y artificial de las bases de cotización en edades próximas a la cotización. Y la norma vulnerada sería la previsión legal del artículo 162 del TRLGSS. Aunque es perfectamente legítimo que un empresario pueda premiar al trabajador por cualquier motivo de índole profesional o estrictamente personal, ello no impide que en un sistema de Seguridad Social contributivo y de reparto como el existente, deba existir una coherencia mínima entre los salarios y las consiguientes bases de cotización, puesto que lo contrario equivaldría a dar cobertura a una conducta que distorsionaría el principio de proporcionalidad que rige el mecanismo de cotización utilizado para el cálculo de las diversas prestaciones de la Seguridad Social.

Por ello puede afirmarse que el objetivo del artículo 162 del TRLGSS, es el de garantizar el principio de contributividad, intentando evitar que un aumento de las bases de cotización del trabajador en los dos años anteriores a su jubila-

<sup>53</sup> Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 12 y ss.

<sup>54</sup> Véase: Prados Iglesia, E., *El fraude de ley*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Sols Lucia, A., *El fraude de ley: estudio analítico del artículo 6.4 del Código Civil en la doctrina y jurisprudencia*, ed. Bosch, Barcelona, 1989. Iruzubieta, Fernández, R., *El abuso del derecho y el fraude de ley en el derecho del trabajo*, ed. Colex, Madrid, 1989.

ción produzca una pensión desproporcionada en comparación al esfuerzo contributivo efectuado durante toda su vida laboral. Estamos ante una regla que tiene por finalidad evitar que el solicitante de una pensión de jubilación se beneficie de una cuantía superior a la debida, como consecuencia de una alteración artificial de las bases de cotización, en lo que sería una previsión legal que intenta combatir el fraude en la obtención de prestaciones<sup>55</sup>.

Por lo que se refiere al segundo requisito, éste consiste en amparar la conducta fraudulenta en una ley aparentemente correcta, pero buscando con ello una finalidad distinta<sup>56</sup>. Así sucede cuando se llevan a cabo ascensos del trabajador previstos en el artículo 24 del ET, que no buscan reconocer el mérito y la capacidad, sino un incremento artificial del salario, y por extensión de las bases de cotización, a efectos de obtener una mayor pensión de jubilación<sup>57</sup>.

El tercer requisito consiste en la intención maliciosa de violar la norma por parte del sujeto beneficiado de ello<sup>58</sup>. En el caso del beneficiario que pretende un aumento artificial de su base reguladora a través del incremento de sus bases de cotización, es necesaria la búsqueda consciente y finalista de algo indebido (la obtención de una mayor pensión de jubilación), por estar preordenada su conducta a un beneficio contrario a los intereses generales<sup>59</sup>.

Sentado lo anterior, hay que señalar que la apreciación de cuándo un aumento de las bases de cotización obedece a una causa justificada o por el contrario se produce con un ánimo fraudulento, es una cuestión difícil de discernir, que no va a encontrar una solución fácil vía jurisprudencial<sup>60</sup>. Al tratarse de la valoración de unos hechos y de unas conductas concretas, la casuística es muy amplia, lo que dificulta la existencia de una doctrina unificada al

<sup>55</sup> Alegre Bueno, M., “Incrementos en las bases de cotización: ¿Son siempre admisibles para calcular la pensión de jubilación?”, ob. cit. pág. 122.

<sup>56</sup> STS de 5 de diciembre de 1991 (Recurso nº 626/1991).

<sup>57</sup> Fernández Orrico, F.J., *La Inspección de Trabajo frente al fraude en las prestaciones de Seguridad Social*, ob. cit. pág. 36 y ss. Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 11 y ss.

<sup>58</sup> STS de 6 de junio de 2003 (Recurso nº 1207/2002); STSJ de Cataluña de 3 de mayo de 2007 (Recurso nº 1075/2006).

<sup>59</sup> Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 11 y ss.

<sup>60</sup> Maldonado Molina, J.A., “Incrementos fraudulentos de bases de cotización”, ob. cit. pág. 35 y ss.

respecto<sup>61</sup>. En este sentido, son frecuentes los pronunciamientos del Tribunal Supremo<sup>62</sup> en los que se inadmiten recursos de casación en unificación de doctrina al estimar que la valoración casuística de las circunstancias individualizadoras y variables en cada supuesto, impide encontrar una sentencia de contraste, al fundarse la existencia de fraude en una valoración de intenciones.

En cualquier caso, para intentar clarificar la tipología de supuestos fraudulentos, el legislador establece hasta tres casos en que opera la presunción de fraude, y que se analizan a continuación. Se trata de supuestos que han sido definidos como de “orientativos” por los tribunales<sup>63</sup>.

#### **4.2. Los incrementos salariales superiores al incremento medio interanual convencional o sectorial**

El primer supuesto en que el legislador entiende que opera la presunción de fraude es aquél que deriva de “ *aumentos salariales superiores al incremento medio interanual experimentado en el convenio colectivo aplicable o, en su defecto, en el correspondiente sector*” (artículo 162.2 del TRLGSS). Por regla general, son los convenios colectivos, dentro de su ámbito de aplicación, los que establecen los incrementos salariales, previo acuerdo entre los sujetos negociadores. De hecho es habitual que las tablas salariales se acaben convirtiendo en el tema prioritario en la negociación colectiva. Tales incrementos se trasladan a su vez a las nóminas de cada uno de los trabajadores, y cualquier subida en la cuantía salarial conlleva a su vez un aumento en la correspondiente base de cotización.

El legislador no considera fraudulento, por sí solo, el incremento salarial derivado de una previsión convencional. Pero, por el contrario, sospecha de aquellos incrementos fijados unilateralmente, o acordados bilateralmente entre

<sup>61</sup> STSJ de Cataluña de 11 de mayo de 2009 (Recurso nº 757/2008).

<sup>62</sup> STS de 24 de febrero de 2009 (Recurso nº 1995/2008); STS de 10 de febrero de 2009 (Recurso nº 600/2008); STS de 22 de enero de 2009 (Recurso nº 4610/2007); STS de 20 de septiembre de 2007 (Recurso nº 3656/2006); STS de 23 de noviembre de 2006 (Recurso nº 2978/2005); STS de 7 de diciembre de 2004 (Recurso nº 4400/2003); STS de 27 de abril de 2004 (Recurso nº 2017/2003); STS de 10 de diciembre de 2002 (Recurso nº 869/2002); STS de 24 de junio de 2002 (Recurso nº 3848/20019); STS de 8 de abril de 2002 (Recurso nº 1964/2001); STS de 13 de marzo de 2002 (Recurso nº 2381/2001); STS de 27 de octubre de 1998 (Recurso nº 3616/1997); STS de 8 de febrero de 1993 (Recurso nº 945/1992); STS de 5 de diciembre de 1991 (Recurso nº 626/1991); STS de 11 de octubre de 1991 (Recurso nº 195/1991).

<sup>63</sup> STSJ de Cataluña de 3 de julio de 1997 (Recurso nº 2432/1997).

empresario y trabajador, por encima de los mínimos convencionales<sup>64</sup>. Para ello, habrá de compararse el incremento salarial producido durante el período de tiempo en el que se entiende que se ha producido el fraude, con el incremento salarial pactado en el convenio colectivo aplicable o, en defecto de convenio colectivo, con el incremento salarial que haya sufrido el sector productivo en que preste servicios el trabajador. En este punto son varios los temas que merece la pena abordar:

Quizá el primero de ellos es que en un contexto de crisis económica, en que la tasa de inflación es nula, o incluso en que los convenios colectivos de empresa se descuelgan salarialmente de los salarios previstos en convenios colectivos de ámbito superior, condicionar la conducta fraudulenta en datos como son los incrementos salariales pactados en convenio colectivo, es un criterio, como poco, de dudosa aplicabilidad práctica, máxime en un contexto de estabilización a la baja de los propios salarios. A idéntica conclusión llegamos si se siguen los discursos defendidos interesadamente por algunos agentes sociales, de desligar los incrementos salariales del IPC para vincularlos con la productividad de la empresa. Pensemos en este punto que la nueva fórmula de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación se aleja de la revalorización de la cuantía vía IPC para acercarse a otros criterios ajenos.

En segundo lugar, el legislador alude a aumentos salariales superiores al incremento medio interanual experimentado en el “*convenio colectivo aplicable*”, o en su defecto en el “*correspondiente sector*”, sin hacer expresa mención al carácter estatutario o extraestatutario del convenio colectivo (para el caso de que fueran éstos últimos quienes estipulasen la subida salarial). En principio, el hecho de que el convenio colectivo no reúna los requisitos de legitimidad y mayorías previstos en el artículo 88 del ET para su consecución, no impide que cualquier incremento salarial pactado individualmente con el trabajador, y que supere el previsto en el convenio colectivo de eficacia limitada, permita extender la presunción del fraude. Recordemos que a dicho convenio puede haberse adherido individualmente el trabajador, o incluso éste puede estar afiliado al sindicato firmante. Así se desprende por otro lado de una interpretación extensiva del artículo 37 de la propia Constitución Española, de donde se

<sup>64</sup> En este sentido la STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de octubre de 2000 (Recurso nº 1943/1997) considera fraudulento el incremento salarial en las fechas próximas a la jubilación, consistente en doblar el salario base de trabajador por el desempeño de trabajo nocturno, cuando el complemento salarial por nocturnidad pactado en convenio tan sólo preveía un aumento del 25%. Véase también: STSJ de Cantabria de 18 de febrero de 1998 (Recurso nº 1470/1996).

desprende que los convenios colectivos extraestatutarios también pueden prever incrementos salariales, y, dentro de sus límites de eficacia, cualquier aumento por encima de los mismos, puede determinar una conducta fraudulenta<sup>65</sup>.

En tercer lugar, la nueva estructura de la negociación colectiva derivada de la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, da prioridad aplicativa al convenio de empresa en materias nucleares de la relación laboral, situándolo por encima de la negociación sectorial, y estipulando con ello una nueva ordenación de las reglas de concurrencia de convenios colectivos que vacía de contenido la capacidad ordenadora de la misma a través de los convenios estatales y sectoriales, frente a los empresariales. De hecho, el nuevo artículo 84.2 del ET concede prioridad aplicativa al convenio colectivo de empresa frente al convenio colectivo sectorial (estatal o autonómico) en materias como la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. Cohonestar esta reforma legislativa con el todavía vigente artículo 162 del TRLGSS no va a ser sencillo, pues dicho precepto alude a incrementos salariales superiores al medio interanual experimentado en el convenio colectivo “*aplicable*” y, sólo en su defecto al del “*correspondiente sector*”. Por esta lógica cabría entender fraudulentos los incrementos salariales superiores los pactados en el convenio colectivo de empresa, pese a que éstos incrementos fueran inferiores a los previstos en el convenio colectivo sectorial. En cualquier caso, y según los pronunciamientos judiciales<sup>66</sup>, de ser un convenio colectivo extendido el que es objeto de aplicación, los incrementos salariales superiores al incremento medio interanual pactado en el mismo, han de entenderse realizados desde el momento en que se solicitó el acto de extensión del convenio colectivo, y no en otro.

En cuarto lugar, y a falta de previsión legal, cabe entender que en aquellos casos en que no existiera convenio colectivo aplicable, el incremento computable sería el que fijase anualmente el gobierno en el Decreto regulador del Salario Mínimo Interprofesional, lo que puede generar no menos dudas, si no se producen incrementos del mismo, o si la tasa de inflación anual es incluso negativa.

Y en quinto lugar, el precepto legal alude a “*incrementos*” de las bases de cotización, como consecuencia de aumentos salariales. Ello significa que si el

<sup>65</sup> Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 4 y ss.

<sup>66</sup> STSJ de Cantabria de 27 de enero de 1999 (Recurso nº 963/1997).

salario contractual sigue siendo el mismo, pese a que el convenio de referencia haya disminuido la cuantía (por ejemplo por un descuelgue), ello no tiene por qué determinar “a priori”, una conducta fraudulenta, si dicha condición se mantiene como cláusula “ad personam”.

#### **4.3. Los incrementos salariales producidos por decisión unilateral del empresario en virtud de sus facultades organizativas**

El segundo supuesto en que el legislador de Seguridad Social entiende que existe una actuación defraudatoria es aquél en que los incrementos en las bases de cotización son consecuencia de aumentos salariales “*por decisión unilateral de la empresa en virtud de sus facultades organizativas*” (artículo 162.3, segundo párrafo del TRLGSS). En este punto el legislador entiende que cualquier decisión unilateral del empresario en virtud de sus facultades organizativas y tendente a incrementar el salario, y por extensión, las bases de cotización, es una actuación fraudulenta, lo cual resulta, como poco llamativo, pues supone tildar de sospechosas ciertas decisiones empresariales, que, “a priori”, pudieran estar plenamente justificadas<sup>67</sup>.

Los supuestos en los que más frecuentemente se considera injustificado el incremento de las bases de cotización, tienen como sujetos a trabajadores autónomos<sup>68</sup> (que pueden elegir la base de cotización), administradores de sociedades, o socios-trabajadores, al resultarles también de aplicación la prohibición de incrementar injustificadamente las bases de jubilación, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional Octava del TRLGSS.

Los pronunciamientos judiciales<sup>69</sup>, entienden que puede existir un presunto fraude en los casos en los que el beneficiario es administrador único, consejero

<sup>67</sup> Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 2 y ss.

<sup>68</sup> STSJ de Galicia de 13 de octubre de 1998 (Recurso nº 4247/1995). Sobre la conducta fraudulenta específica de este tipo de trabajadores véase: Rivas Vallejo, P., “Cuantía de la prestación”, ob. cit. pág. 188.

<sup>69</sup> STS de 30 de enero de 2001 (Recurso nº 715/2000); STSJ de Castilla y León de 12 de julio de 2012 (Recurso nº 463/2012); STSJ de Galicia de 8 de julio de 2005 (Recurso nº 377/2003); STSJ de Cataluña de 1 de junio de 2012 (Recurso nº 2332/2011); STSJ de Cataluña de 24 de octubre de 2012 (Recurso nº 1517/2012); STSJ de Galicia de 16 de noviembre de 2009 (Recurso nº 2763/2006); STSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2007 (Recurso nº 4504/2006); STSJ de Cantabria de 16 de febrero de 2005 (Recurso nº 1074/2004); STSJ de Cantabria de 26 de enero de 2005 (Recurso nº 956/2004); STSJ de Galicia de 17 de enero de 2005 (Recurso nº 3586/2002); STSJ de

delegado o gerente de la empresa en la que trabaja, o es propietario de ella, o dispone de un porcentaje de participación en el capital social que le permite influir en las decisiones de la misma, lo que le permite a su vez un amplio margen de maniobra para establecer no sólo sus incrementos de retribución y cotizaciones, sino también para configurar las circunstancias que aparentemente justificasen tales aumentos. Situación que también se puede dar cuando el beneficiario tiene vínculos familiares con la sociedad<sup>70</sup>.

Se tratan todos ellos de supuestos en los que el solicitante ha ocupado un puesto que le ha facilitado maquinarse el incremento fraudulento, al ostentar una singular posición de influencia sobre la empresa. Se parte de la base que si el interesado posee de forma directa o indirecta un control o, al menos, capacidad

Galicia de 15 de noviembre de 2003 (Recurso nº 855/2001); STSJ de Galicia de 31 de octubre de 2003 (Recurso nº 5244/2000); STSJ de Castilla y León de 7 de octubre de 2003 (Recurso nº 1285/2003); STSJ de Aragón de 3 de abril de 2003 (Recurso nº 1146/2002); STSJ de Cataluña de 25 de marzo de 2003 (Recurso nº 3932/2002); STSJ de Galicia de 28 de febrero de 2003 (Recurso nº 804/2000); STSJ de Cataluña de 14 de enero de 2003 (Recurso nº 2500/2002); STSJ de Asturias de 30 de diciembre de 2002 (Recurso nº 647/2002); STSJ de Castilla y León de 6 de mayo de 2002 (Recurso nº 318/2002), en un caso en que el beneficiario era socio fundador, Consejero Delegado y Presidente del Consejo de Administración de la empresa; STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2002 (Recurso nº 3950/2001); STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2001 (Recurso nº 1472/2001); STSJ de Asturias de 9 de marzo de 2001 (Recurso nº 1480/2000); STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2001 (Recurso nº 4954/2000); STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 2001 (Recurso nº 4522/2000); STSJ de Cataluña de 7 de febrero de 2001 (Recurso nº 7279/2000); STSJ de Cataluña de 19 de diciembre de 2000 (Recurso nº 2798/2000); STSJ de Cataluña de 6 de noviembre de 2000 (Recurso nº 2018/2000); STSJ de Cataluña de 1 de junio de 2000 (Recurso nº 6172/1999); STSJ de Castilla y León de 29 de septiembre de 1999 (Recurso nº 538/1999); STSJ de Galicia de 24 de mayo de 1999 (Recurso nº 2800/1996) en el titular de un buque, que incrementó las bases de cotización durante un período en que no trabajó; STSJ de Cataluña de 6 de junio de 1998 (Recurso nº 5643/1997); STSJ de Cataluña de 7 de mayo de 1998 (Recurso nº 4675/1997); STSJ de Castilla y León de 9 de febrero de 1998 (Recurso nº 698/1997); STSJ de La Rioja de 4 de marzo de 1997 (Recurso nº 34/1997); STSJ de Cantabria de 6 de junio de 1996 (Recurso nº 1258/1995).

<sup>70</sup> STSJ de Castilla y León de 23 de noviembre de 2011 (Recurso nº 1854/2011); STSJ de Asturias de 6 de mayo de 2011 (Recurso nº 509/2011); STSJ de Castilla y León de 24 de octubre de 2008 (Recurso nº 1002/2008); STSJ de Cataluña de 19 de abril de 2006 (Recurso nº 37/2005); STSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de febrero de 2005 (Recurso nº 4307/2004); STSJ de Castilla y León de 22 de octubre de 2003 (Recurso nº 940/2003); STSJ de 17 de junio de 2003 (Recurso nº 473/2003); STSJ de Castilla y León de 2 de octubre de 2002 (Recurso nº 817/2002); STSJ de Cataluña de 18 de julio de 2001 (Recurso nº 5892/2000); STSJ de Cataluña de 10 de noviembre de 2000 (Recurso nº 9290/2000); STSJ de Castilla y León de 20 de diciembre de 1999 (Recurso nº 1954/1999); STSJ de Castilla y León de 16 de noviembre de 1999 (Recurso nº 1747/1999); STSJ de Aragón de 4 de octubre de 1999 (Recurso nº 451/1998); STSJ de Cataluña de 27 de abril de 1998 (Recurso nº 3184/1997); STSJ de La Rioja de 27 de noviembre de 1997 (Recurso nº 278/1997).

de influir (aunque sea únicamente por razones afectivas) en la decisión de la dirección de la empresa, estaríamos ante un indicio suficiente para apreciar la existencia de fraude<sup>71</sup>.

Y son indicios justificativos del fraude (pudiendo darse simultáneamente varios de ellos) los siguientes: la existencia de un porcentaje excesivo de incremento retributivo frente al salario inicial<sup>72</sup>; el que no exista correlación entre las bases de cotización y el salario real<sup>73</sup>; la forma en que se produce el mismo, mediante incentivos no previstos en la estructura salarial del convenio colectivo y desvinculados de los resultados o de la productividad<sup>74</sup>; la ausencia de justificación del aumento retributivo, unida a la falta de documentación de la decisión empresarial que lo determina<sup>75</sup>; el hecho de que el mismo se produzca en fechas cercanas a la jubilación<sup>76</sup>; que el aumento salarial afecte a un único trabajador y no al resto de la plantilla<sup>77</sup>; que la indemnización correspondiente por despido sea inferior a la que le correspondería, en una suerte de compensación del incremento salarial en las bases de cotización<sup>78</sup>, etc. También cabe incluir aquellos incrementos de las bases de cotización que no llevan aparejado un incremento real del salario<sup>79</sup>, o cuando los incrementos se producen en fechas en que el

<sup>71</sup> Fernández Orrico, F.J., *La Inspección de Trabajo frente al fraude en las prestaciones de Seguridad Social*, ob. cit. pág. 376 y ss. Maldonado Molina, J.A., “Incrementos fraudulentos de bases de cotización”, ob. cit. pág. 35 y ss. Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 14.

<sup>72</sup> STSJ de Cataluña de 11 de junio de 1998 (Recurso nº 7058/1998).

<sup>73</sup> STSJ de Cataluña de 13 de julio de 1999 (Recurso nº 7727/1998).

<sup>74</sup> STSJ de Castilla y León de 15 de diciembre de 2010 (Recurso nº 658/2010); STSJ del País Vasco de 22 de febrero de 2011 (Recurso nº 2944/2010).

<sup>75</sup> STSJ de Cataluña de 4 de septiembre de 2000 (Recurso nº 7924/1999); STSJ de Castilla y León de 27 de noviembre de 2000 (Recurso nº 2190/2000); STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2002 (Recurso nº 3950/2001); STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 2009 (Recurso nº 8529/2007); STSJ de Andalucía de 7 de octubre de 2010 (Recurso nº 2963/2009).

<sup>76</sup> STSJ de Cataluña de 2 de marzo de 2001 (Recurso nº 4891/2000); STSJ de Castilla y León de 24 de octubre de 2008 (Recurso nº 1002/2008).

<sup>77</sup> STSJ de Canarias de 28 de mayo de 1999 (Recurso nº 356/1997); STSJ de Cataluña de 11 de octubre de 2001 (Recurso nº 3690/2001); STSJ de Cataluña de 7 de septiembre de 2007 (Recurso nº 4130/2006); STSJ de Aragón de 5 de junio de 2008 (Recurso nº 412/2008).

<sup>78</sup> STSJ de Cataluña de 29 de noviembre de 2001 (Recurso nº 3275/2001); STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de marzo de 2010 (Recurso nº 1950/2009).

<sup>79</sup> Rodríguez Gutiérrez, J., “Incrementos injustificados de las bases de cotización ante la proximidad de la jubilación”, ob. cit. pág. 254 y ss.

trabajador se encontraba en incapacidad temporal y sin prestación efectiva de servicios<sup>80</sup>.

El legislador piensa igualmente en aquellos ascensos profesionales que no van acompañados de un efectivo desempeño de funciones superiores como son los casos en que no se demuestra la mayor responsabilidad, disponibilidad y exceso de jornada del trabajador, sino una mera intención empresarial de beneficiar a este último en futuras prestaciones<sup>81</sup>. Y es que pese a que los ascensos profesionales pueden justificar un incremento retributivo que determine a su vez una mayor base de cotización, el legislador entiende que un aumento salarial decidido unilateralmente por el empresario en virtud de sus facultades organizativas sin llevar aparejado la efectiva realización de funciones superiores por parte del trabajador, resulta una conducta fraudulenta.

En la misma línea cabe incluir ciertas actuaciones en que el incremento salarial viene reconocido unilateralmente por el empresario, sin que se hayan alterado las funciones del trabajador o se haya reconocido al resto de la plantilla<sup>82</sup>. O incluso en aquellos casos en que el ascenso profesional, pese a ser efectivo, lleva aparejado un incremento salarial superior al señalado por el convenio colectivo aplicable para el nuevo grupo profesional<sup>83</sup>. Pero también se incluyen otras conductas como son la promoción profesional del trabajador sin respetar las normas sobre promoción establecidas convencionalmente, o, en definitiva, situaciones en las que dicho ascenso no está justificado por otro motivo que la mera decisión unilateral del empresario<sup>84</sup>.

#### **4.4. Los incrementos salariales pactados exclusiva o fundamentalmente en función de la edad de jubilación**

Por último, el apartado cuarto del artículo 162 del TRLGSS contiene una norma de cierre, conforme a la cual: “*En ningún caso se computarán aquellos*

<sup>80</sup> STSJ de Cataluña de 30 de septiembre de 2008 (Recurso nº 7807/2007); STSJ de Cataluña de 19 de abril de 2006 (Recurso nº 37/2005); STSJ de Castilla y León de 15 de diciembre de 2003 (Recurso nº 979/2003); STSJ de Cataluña de 11 de julio de 2001 (Recurso nº 991/2001).

<sup>81</sup> STSJ de Castilla y León de 12 de julio de 2012 (Recurso nº 463/2012); STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de octubre de 2010 (Recurso nº 1324/2009); STSJ del País Vasco de 20 de junio de 2006 (Recurso nº 450/2006).

<sup>82</sup> STSJ de Castilla y León de 3 de octubre de 2000 (Recurso nº 1565/2000).

<sup>83</sup> STSJ de Cataluña de 2 de octubre de 2000 (Recurso nº 9327/1999).

<sup>84</sup> STSJ de Cantabria de 25 de septiembre de 2000 (Recurso nº 141/1999).

*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”.*

Ciertamente, la expresión de la norma afirmando que “*en ningún caso*” se computaran aquellos incrementos salariales, parece dar a entender que no cabe limitar a dos años la presunción del fraude si se ha producido un pacto de este tipo, por lo que cabría entender cómo fraudulento, todo el período de tiempo en que las partes pactaron un incremento salarial superior con vistas a aumentar la pensión de jubilación. Y es que mientras el apartado 2º del artículo 162 establece una regla general cuya limitación se refiere sólo a los dos años anteriores, y el apartado 3º incluye las excepciones a esa regla, y por tanto, el período de tiempo acotado en ella, sin embargo el apartado 4º parece desentenderse de fines temporales, por lo que, de existir tal pacto, el incremento de cotizaciones se presume fraudulento, aunque el mismo se hubiera efectuado con anterioridad a los dos años previos a la solicitud de jubilación. Esta norma ha sido objeto de muchas interpretaciones.

Para un sector de la doctrina científica<sup>85</sup>, contiene la que debiera de ser la única regla justificativa del precepto y que impediría, por sí sola, los incrementos salariales injustificados. Según este sector doctrinal, cabría aceptar toda subida salarial incardinable dentro de la dinámica de funcionamiento de una empresa (aunque fuera producto de una decisión unilateral del empresario), y solamente podrían considerarse fraudulentos aquellos incrementos salariales carentes de cualquier elemento objetivo de justificación, tanto si son individuales, como pactados.

Otro sector de la doctrina científica<sup>86</sup>, ha afirmado abiertamente que se trata de una previsión normativa innecesaria, en base a tres motivos: en primer lugar porque del apartado 2º del artículo que analizamos, ya se deduce que cualquier incremento injustificado 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, ya tendría, por sí solo, el carácter de fraudulento, y como tal, no podría ser computado en ningún caso; y en tercer lugar porque la demostración de que los incre-

<sup>85</sup> Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 2 y ss.

<sup>86</sup> Rodríguez Gutiérrez, J., “Incrementos injustificados de las bases de cotización ante la proximidad de la jubilación”, ob. cit. pág. 254 y ss.

mentos han sido pactados fraudulentamente entre las partes correspondería al INSS, y sin embargo, como hemos visto, ello ni siquiera es necesario en los casos en que dichos incrementos correspondan a los dos últimos años.

En cualquier caso, lo verdaderamente difícil en este tipo de acuerdos será determinar la auténtica voluntad de las partes a la hora de pactar el incremento retributivo. Y es que no será tarea fácil averiguar cuándo la voluntad de las partes de incrementar el salario del trabajador deriva de un pacto contractual válido y legítimo dirigido a mejorar las condiciones pactadas en el convenio colectivo y en aplicación del principio de condición más beneficiosa, y cuándo detrás de dicho acuerdo se encuentra exclusivamente la voluntad implícita de obtener una pensión de jubilación superior para el trabajador.

Recordemos que, por definición, el principio de condición más beneficiosa implica una mejora de las condiciones laborales nacida o generada por la voluntad de los interesados e incorporada al conjunto de los derechos del trabajador o trabajadores afectados. Su base esencial es la voluntad de establecer el beneficio correspondiente, superando las condiciones legales que puedan regir en la materia; voluntad que puede ser manifestada de forma expresa o bien tácitamente mediante actos inequívocos que revelen la existencia de la misma.

Para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de manera que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho. Y dicha posibilidad encuentra su fundamento legal en el artículo 3.1.c) del ET, cuando incluye “*la voluntad de las partes*” entre las fuentes de la relación laboral, voluntad que, por sí misma, no puede presumirse que persigue un fin defraudatorio, si bien es cierto que, como manifestación de la autonomía individual en el contrato de trabajo, no puede contrariar los preceptos de derecho necesario absoluto.

Sea como fuere, la doctrina judicial<sup>87</sup> ha apreciado el fraude en aquellos casos en que las bases de cotización del trabajador que solicita su jubilación parcial, son superiores a las que le hubieran correspondido de reducir su salario en la misma proporción que su jornada, esto es, en un 85%, y no habiéndose acreditado por el trabajador que dicho incremento en las bases de cotización

<sup>87</sup> STSJ de Cataluña de 24 de abril de 2013 (Recurso nº 2668/2012).

estuvieran debidamente justificado, a pesar de que por razones de facilidad y disponibilidad probatoria era de su cargo la prueba, “ex” artículo 217.2 de la LEC.

También ha entendido la doctrina judicial<sup>88</sup> que si el trabajador accede a la pensión de jubilación desde el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, con unas bases superiores a las mínimas (aceptadas porque son continuación de las que venía cotizando en el Régimen General en el que estaba encuadrado anteriormente), y, a la hora de calcular la pensión de jubilación resulta que las del Régimen General se consideran injustificadas por haber sido elevadas artificialmente con miras a obtener una mejor pensión de jubilación, lo mismo hay que hacer con las bases incrementadas del RETA. Y también se entiende fraudulento el acuerdo de todos los socios de una empresa en elevar sus cotizaciones hasta los topes máximos, sin que dichos incrementos lleven aparejados una modificación del trabajo a desarrollar<sup>89</sup>, o en los casos en que se suscribe un convenio especial, con el ánimo de poder incrementar de manera ficticia las cotizaciones a efectuar<sup>90</sup>.

## 5. EXCEPCIONES A LA PRESUNCIÓN DE FRAUDE

### 5.1. Los incrementos salariales por antigüedad y ascensos previstos legal o convencionalmente

El legislador contempla dos excepciones a la presunción del fraude en el incremento de las bases de cotización en edades próximas a la jubilación. La primera de ellas son aquellos 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*” (artículo 163.3, primer párrafo del TRLGSS).

Respecto a los incrementos salariales previstos legalmente o convencionalmente, hay que tener en cuenta que cualquier aumento de las bases de cotización derivado de un incremento salarial previsto una norma legal, reglamentaria o convencional (pensemos el incremento del salario mínimo interprofesional para

<sup>88</sup> STSJ de Galicia de 16 de noviembre de 2009 (Recurso nº 2763/2006); STSJ de Cataluña de 8 de abril de 1998 (Recurso nº 5460/1997); STSJ de Cataluña de 14 de enero de 1998 (Recurso nº 232/1998); Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 14.

<sup>89</sup> STSJ de Castilla y León de 9 de febrero de 1998 (Recurso nº 698/1997).

<sup>90</sup> STSJ de Castilla y León de 29 de marzo de 1999 (Recurso nº 123/1999).

el caso de que el trabajador tuviera contratado el mismo, o el incremento derivado de la aplicación de las tablas salariales previstas en el nuevo convenio colectivo), determinará la licitud del incremento en la base de cotización.

Sin embargo, el legislador vincula la licitud del incremento, al hecho de que resulte de la aplicación de las reglas sobre “*antigüedad*”, previstas en tales normas legales o convencionales. En este punto, interesa tener presente que el artículo 26.3 del ET (como norma legal) señala que mediante la negociación colectiva, o en su defecto el contrato de trabajo, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base y los complementos salariales, siendo uno de ellos, el ligado a las “*condiciones personales del trabajador*” (debiendo incluirse aquí el complemento salarial por antigüedad), y no teniendo carácter consolidable, salvo pacto en contrario, los complementos ligados al puesto de trabajo o a la situación o resultados de la empresa. Y conforme al artículo 25 del ET, el trabajador, en función del trabajo desarrollado, podrá tener derecho a una promoción económica en los términos fijados en convenio colectivo o contrato individual. En esta materia, los tribunales han entendido justificado el incremento salarial efectuado por el empresario interesado en retener al trabajador con largos años de experiencia en su profesión, con finalidad de igualar una oferta de contratación con mejor nivel salarial que por aquéllas fechas le había hecho otra empresa de la competencia<sup>91</sup>.

Mayores problemas presentan aquellos incrementos salariales derivados de “*ascensos reglamentarios de categoría profesional*”. Con carácter previo, hay que señalar que la Ley 3/2012 de Medidas Urgentes para la reforma del mercado de trabajo, ha suprimido el concepto de “*categoría profesional*”, como criterio de clasificación profesional, sustituyéndolo por otro más amplio que es el del “*grupo profesional*”, reforma que cabe entender implícita en el redactado del artículo 162 del TRLGSS. Además, en la actualidad, los ascensos se producen con respeto a los criterios previstos convencionalmente y no “*reglamentariamente*”. El artículo 24 del ET indica que los ascensos, dentro del sistema de clasificación profesional, se producirán conforme a lo que se establezca en convenio colectivo o, en su defecto, en acuerdo colectivo entre empresa y representantes de los trabajadores, y, en todo caso, se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador “*así como las facultades organizativas del empresario*”.

<sup>91</sup> STSJ de Cataluña de 29 de marzo de 2012 (Recurso nº 7260/2010); STSJ de Cataluña de 15 de marzo de 2007 (Recurso nº 476/2006); STSJ de Cataluña de 28 de enero de 2000 (Recurso nº 2817/1999).

Ciertamente, en aquellos casos en que el ascenso respeta los criterios previstos convencionalmente y deriva de la antigüedad del trabajador, o de su formación, cabe entender que el aumento salarial y el de las consiguientes bases de cotización, no tiene sobre sí mismo sospecha alguna de fraude. Pero distinta puede ser la conclusión, cuando el ascenso, y el aumento del salario, deriva de las facultades organizativas del empresario, y es que en este punto, y como vimos anteriormente, el legislador presume como fraudulento cualquier incremento salarial que se produzca exclusivamente “*por decisión unilateral de la empresa en virtud de sus facultades organizativas*”. La única vía de salvar esta dicotomía es la de interpretar que serán fraudulentos los incrementos retributivos derivados de ascensos decididos unilateralmente por el empresario sin justificación objetiva alguna. Y no lo serán aquellos que sean consecuencia de ascensos a una vacante a la que aspiran varios candidatos, aún cuando el empresario haya optado por aquel trabajador cuya edad es cercana a la jubilación, siempre que dicha decisión venga justificada por su mayor experiencia<sup>92</sup>.

El empresario, dentro de sus facultades organizativas, puede encomendar al trabajador funciones de mayor responsabilidad a las que venía realizando, y en virtud de ese poder de dirección y control de la actividad laboral que le atribuye el artículo 20 del ET, puede tomar las decisiones organizativas que crea oportunas, siempre que comporten una mayor responsabilidad para el trabajador justificativa de una mayor retribución. En tales casos, será suficiente con que el ascenso profesional sea evidente, y comporte el desarrollo efectivo de unas nuevas y superiores funciones por parte del trabajador. Y será indiferente que el ascenso derive de una decisión unilateral del empresario, o provenga de un acuerdo entre las partes. Lo relevante será que se desarrollen de manera efectiva tareas que impliquen una mayor responsabilidad, y que, como consecuencia de ello, el salario a percibir por el trabajador sea superior, con el consiguiente aumento de las bases de cotización.

En este sentido, se consideran justificados los incrementos de las bases de cotización como consecuencia de ascensos dentro del sistema de clasificación profesional<sup>93</sup>, pero también aquellos que encuentren su explicación en aumentos salariales derivados de una mayor carga de trabajo, nuevas competencias,

<sup>92</sup> Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 2 y ss.

<sup>93</sup> STSJ de Cataluña de 9 de abril de 1998 (Recurso nº 3260/1997): en un supuesto de ascenso de oficial primera administrativo a Director Comercial; STSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 1997 (Recurso nº 3888/1997), en un supuesto de ascenso de Oficial de Segunda a Jefe de Personal.

responsabilidades, y funciones asumidas por el trabajador<sup>94</sup>, sin que ello deba forzosamente reflejarse en un aumento de jornada o de grupo profesional. También se considera justificado el ingreso extemporáneo de cuotas correspondientes a un ascenso de categoría profesional<sup>95</sup>; o cuando el ascenso viene motivado por la unificación de los grupos de cotización<sup>96</sup>, o por la aplicación de una normativa comunitaria que obliga a la empresa a adaptar su organigrama profesional, con la consiguiente reestructuración organizativa<sup>97</sup>.

## 5.2. Los incrementos salariales por conceptos retributivos previstos legal o convencionalmente

La segunda de las excepciones a la presunción de fraude son: “*los incrementos salariales que deriven de cualquier otro concepto retributivo establecido con carácter general y regulado en (las citadas) disposiciones legales o convenios colectivos*” (artículo 162.3, tercer párrafo). En aquellos casos en que el incremento salarial derive de la incorporación de un nuevo concepto retributivo creado por norma legal o convencional, impide considerar que el incremento correlativo de la base de cotización sea ficticio. Estamos ante incrementos retributivos que derivan de un imperativo legal y convencional, no dependiente, y por tanto ajeno, a la voluntad de las partes<sup>98</sup>. Los supuestos en los que piensa la

<sup>94</sup> STSJ de Cataluña de 28 de febrero de 2014 (Recurso nº 5273/2013), en un supuesto de mejora salarial como consecuencia del desempeño de tareas como “jefe de compras”; STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2010 (Recurso nº 6680/2008); STSJ de Canarias de 26 de septiembre de 2013 (Recurso nº 1668/2011), al desempeñar funciones de “Jefe de Sector”; STSJ de Cataluña de 31 de mayo de 2013 (Recurso nº 444572012); STSJ de Cataluña de 19 de julio de 2012 (Recurso nº 4682/2011); STSJ de Cataluña de 6 de julio de 2011 (Recurso nº 2125/2011); STSJ de Cataluña de 6 de julio de 2011 (Recurso nº 2125/2011); STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de junio de 2011 (Recurso nº 306/2011); STSJ de Cataluña de 9 de febrero de 2011 (Recurso nº 1453/2010); STSJ de Cataluña de 22 de julio de 2010 (Recurso nº 504/2010); STSJ de Cataluña de 15 de enero de 2010 (Recurso nº 6680/2008); STSJ de Cataluña de 18 de noviembre de 2009 (Recurso nº 4663/2008); STSJ de Cataluña de 10 de octubre de 2006 (Recurso nº 103/2005); STSJ de Cataluña de 3 de noviembre de 2004 (Recurso nº 8005/2003); STSJ de Cataluña de 10 de diciembre de 2001 (Recurso nº 3335/2001); STSJ de Cataluña de 13 de octubre de 2001 (Recurso nº 3030/2001); STSJ de Castilla y León de 27 de febrero de 2001 (Recurso nº 2685/2000); STSJ de Cataluña de 26 de septiembre de 2000 (Recurso nº 1665/2000); STSJ de Cataluña de 7 de octubre de 1999 (Recurso nº 1286/1997); STSJ de Cataluña de 20 de abril de 1998 (Recurso nº 3353/1997); STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 1996 (Recurso nº 1647/1996).

<sup>95</sup> STSJ de Cataluña de 31 de mayo de 2007 (Recurso nº 8853/2006).

<sup>96</sup> STSJ de Cantabria de 20 de enero de 1998 (Recurso nº 1276/1997).

<sup>97</sup> STSJ de Cantabria de 9 de abril de 2003 (Recurso nº 1171/2002).

<sup>98</sup> Rodríguez Gutiérrez, J., “Incrementos injustificados de las bases de cotización ante la proximidad de la jubilación”, ob. cit. pág. 254 y ss.

norma son aquellos nuevos conceptos retributivos que se establecen en los sucesivos convenios colectivos y que suponen un incremento efectivo de salario, al no ser absorbidos o compensados con el salario base. Es decir, cualquier plus que venga a sumarse al salario base en la estructura salarial<sup>99</sup>.

Así sucede cuando el incremento retributivo deriva de la adaptación de las condiciones salariales al nuevo convenio colectivo aplicable a la empresa<sup>100</sup>. Pero también cuando el incremento salarial deriva de un acuerdo alcanzado entre la representación de los trabajadores y el empresario, en un momento en que la edad que tenía el trabajador no permitía sospechar que tuviera por objeto la obtención de una superior pensión de jubilación vulnerando la legalidad<sup>101</sup>, o cuando el incremento de cotizaciones deriva de un acuerdo entre los propios socios de la empresa para incrementar los salarios de sus trabajadores y no repartir dividendos, si en dicho acuerdo no se apreciara actuación fraudulenta alguna<sup>102</sup>. En el mismo sentido, la adquisición de participaciones sociales por parte de los trabajadores, no constituye salario, por lo que en modo alguno puede ser objeto de cotización, ni pueden ser tenidas en cuenta para el cálculo de la pensión de jubilación<sup>103</sup>.

En este punto, tanto la doctrina científica<sup>104</sup> como la judicial<sup>105</sup>, han insistido en que no puede considerarse como injustificada, y por tanto fraudulenta, la regularización llevada a cabo por la empresa en supuestos de infracotización, pues el hecho de que la misma esté cotizando por bases inferiores a las legalmente correspondientes, no puede perjudicar al trabajador, ya que corresponde

<sup>99</sup> Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, *ob. cit.* pág. 2 y ss.

<sup>100</sup> STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 2012 (Recurso nº 6255/2010).

<sup>101</sup> STSJ del País Vasco de 10 de enero de 2012 (Recurso nº 2559/2011).

<sup>102</sup> STSJ de Cataluña de 8 de octubre de 2007 (Recurso nº 4671/2006).

<sup>103</sup> STSJ de Andalucía de 2 de junio de 2011 (Recurso nº 2260/2010).

<sup>104</sup> Alegre Nuño, M., “Incrementos en las bases de cotización: ¿Son siempre admisibles para calcular la pensión de jubilación”, *ob. cit.* pág. 122. Maldonado Molina, J.A., “Incrementos fraudulentos de bases de cotización”, *ob. cit.* pág. 35 y ss.

<sup>105</sup> STSJ de Cataluña de 16 de marzo de 2011 (Recurso nº 7511/2010); STSJ de Galicia de 15 de enero de 2010 (Recurso nº 3640/2006); STSJ de Cataluña de 6 de noviembre de 2000 (Recurso nº 2017/2000); STSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 2000 (Recurso nº 1675/2000); STSJ de Cantabria de 11 de septiembre de 2000 (Recurso nº 1590/1998), que si bien no considera fraudulentos los incrementos derivados de infracotización, precisa que aquellos que superen las bases máximas, no han de ser tenidos en cuenta; STSJ de Galicia de 26 de enero de 2000 (Recurso nº 4934/1996); STSJ de Canarias de 28 de junio de 1999 (Recurso nº 383/1997).

al empresario la obligación de ingreso de las aportaciones propias y las de sus trabajadores. Y lo mismo cabe decir cuando el incremento de las bases de cotización deriva de la circunstancia de que el trabajador prestase servicios en régimen de pluriempleo para varias empresas que imponía la obligación de cotizar por bases máximas<sup>106</sup>.

### 5.3. Los incrementos salariales justificables por otras vías

Una de las cuestiones que se ha suscitado es la de si es posible justificar incrementos salariales por otras vías distintas a las dos anteriormente analizadas y previstas en el artículo 162.3 del TRLGSS. O dicho de otro modo, si el beneficiario puede justificar la realidad de los incrementos salariales producidos, al margen de los dos supuestos contemplados legalmente.

Aparentemente, de la literalidad del precepto, parece deducirse que el beneficiario no dispone de otros medios para justificar la objetividad de los incrementos más allá de los supuestos aquí comentados. Sin embargo, no puede olvidarse que esta norma tiene su origen en el Real Decreto-Ley 13/1981, en una transcripción literal de su artículo 1, pero cuya exposición de motivos señalaba que se deberían exceptuar aquellos incrementos salariales que fueran consecuencia de antigüedad, ascensos reglamentarios “*y cualquier otra circunstancia cuya realidad y legalidad pueda verificarse*”, con lo que parece evidente, en una interpretación histórica, que sería posible que el beneficiario pudiera desplegar una actividad probatoria más allá de la literalidad de la norma<sup>107</sup>.

Desde esta perspectiva se ha permitido al beneficiario justificar la realidad de incrementos retributivos derivados de incentivos a la producción plenamente justificables<sup>108</sup>, o cuando dichos incrementos consisten en una cantidad aplicada a más trabajadores que el propio beneficiario<sup>109</sup>, o a la generalidad de la plantilla, aunque no esté prevista expresamente en el convenio colectivo<sup>110</sup>. Por esta vía se ha entendido que si en una sentencia previa, y en un procedimiento judi-

<sup>106</sup> STSJ de Galicia de 3 de junio de 2005 (Recurso nº 1189/2005).

<sup>107</sup> Rodríguez Gutiérrez, J., “Incrementos injustificados de las bases de cotización ante la proximidad de la jubilación”, ob. cit. pág. 256 y ss.

<sup>108</sup> STSJ de Castilla y León de 11 de noviembre de 1997 (AS 1997/3691).

<sup>109</sup> STSJ de Canarias de 26 de septiembre de 2013 (Recurso nº 1668/2011); STSJ de Castilla y León de 7 de mayo de 2002 (Recurso nº 334/2002); STSJ de Cataluña de 10 de octubre de 2000 (Recurso nº 1060/2000).

<sup>110</sup> STSJ de Cantabria de 28 de abril de 1997 (AS 1997/1434).

cial seguido por las mismas partes, se declaran probadas las bases de cotización del trabajador en el relato fáctico, no cabe posteriormente discutir si se ha producido un incremento injustificado de las mismas, ya que lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso, vincula al Tribunal de un proceso posterior, cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, y siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal<sup>111</sup>.

## 6. EFECTOS DEL INCREMENTO INJUSTIFICADO DE LAS BASES DE COTIZACIÓN

Según el 23.1.e) del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, es una infracción muy grave: “*Incrementar indebidamente la base de cotización del trabajador de forma que provoque un aumento en las prestaciones que procedan*”<sup>112</sup>. Siendo ello así desde el punto de vista sancionador, sin embargo, el legislador de Seguridad Social no hace expresa mención a los efectos que comporta el incremento injustificado de las bases de cotización en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de la pensión de jubilación, más allá de la afirmación de que “*no se podrán computar*” los mismos.

Aquellos incrementos en las bases de cotización de los dos años inmediatamente anteriores al hecho causante que fueran superiores al incremento interanual experimentado en el convenio de aplicación, y con las excepciones establecidas en el artículo 162.2, 3 y 4 del TRLGSS, no se deben computar a efectos de la base reguladora a la hora de calcular la cuantía de la pensión de jubilación. Se producirá por tanto una congelación de los efectos de las subidas salariales favorables al trabajador sobre las bases de cotización<sup>113</sup>.

El legislador entiende que en estos casos dichos incrementos van dirigidos exclusivamente a obtener una mayor pensión, y por tanto, decide, como norma general, que no deben ser computados a la hora de calcular la base reguladora de dicha pensión<sup>114</sup>. Ello supone, a su vez, que la Entidad Gestora, no tiene obliga-

<sup>111</sup> STSJ de Castilla y León de 15 de julio de 2004 (Recurso nº 498/2004).

<sup>112</sup> Fernández Orrico, F.J., *La Inspección de Trabajo frente al fraude en las prestaciones de Seguridad Social*, ob. cit. pág. 98 y ss.

<sup>113</sup> Alegre Bueno, M., “Incrementos en las bases de cotización: ¿Son siempre admisibles para calcular la pensión de jubilación?”, ob. cit. pág. 122.

<sup>114</sup> De hecho, la declaración de fraude en los incrementos de las últimas bases de cotización declarada por el artículo 162.2 del TRLGSS debe alcanzar también a las bases empleadas para el

ción 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 dichos límites<sup>115</sup>. Ahora bien, en tales casos, la cuestión a determinar es cómo han de computarse las mismas, y al respecto las interpretaciones han sido dispares.

Una posibilidad sería la de calcular la base reguladora de la pensión de jubilación conforme el importe de las cotizaciones del beneficiario anteriores en el tiempo, y concretamente en el mes inmediatamente anterior a aquél en que se produjo el incremento injustificado de las bases de cotización. Se trataría de congelar la cuantía de las cotizaciones al periodo anterior al que se produjo el incremento, sin tan siquiera aplicar el aumento resultante del porcentaje de incremento salarial pactado en los sucesivos y posteriores convenios colectivos durante ese periodo de tiempo.

Otra posibilidad (más respetuosas con la norma), sería la de entender que durante el período de referencia defraudado, las bases de cotización han de reducirse hasta hacerlas coincidir con el salario fijado anualmente en el convenio colectivo de aplicación, y más concretamente con el salario correspondiente a las funciones del trabajador. De esta forma, además de evitarse el fraude, se restablece el equilibrio entre el trabajo realizado, la contraprestación económica recibida, las cotizaciones efectuadas, y las bases de cotización computables<sup>116</sup>.

Una tercera posibilidad sería la de aceptar que durante el período defraudado, las bases de cotización, no solamente tienen que reducirse hasta coincidir con el salario fijado anualmente el convenio colectivo aplicable, sino que también habrían de incorporarse los incrementos pactados en el mismo, derivados del aumento del IPC a los que no se puede negar validez, ya que de lo que se trata es de evitar el fraude que pudiese suponer un abusivo e injustificado aumento de las cotizaciones que no tenga otra finalidad que preparar una mayor jubilación a favor de un determinado y concreto trabajador, pero no de evitar los ordinarios, ponderados y sucesivos incrementos de las mismas que se ajusten a

cálculo de subsidios percibidos inmediatamente antes de acceder a la pensión de jubilación, como ocurre con las prestaciones de desempleo: Rivas Vallejo, P., “Cuantía de la prestación”, ob. cit. pág. 189.

<sup>115</sup> Rodríguez Gutiérrez, J., “Incrementos injustificados de las bases de cotización ante la proximidad de la jubilación”, ob. cit. pág. 244 y ss.

<sup>116</sup> STSJ de Asturias de 6 de mayo de 2011 (Recurso nº 509/2011); STSJ de la Rioja de 11 de diciembre de 1997 (Recurso nº 289/1997).

los ordinarios parámetros de incremento salarial aplicables a la generalidad de los trabajadores<sup>117</sup>.

Y una última interpretación, sería aquella que entiende que las bases de cotización se han de computar en un importe igual al promedio del año inmediatamente anterior al hecho causante de la jubilación, incrementadas con el IPC medio anual<sup>118</sup>.

Esta falta de claridad sobre el modo de regularizar aquellas bases de cotización que fueron incrementadas artificialmente, no hace más que generar dudas innecesarias a la hora de interpretar la norma, lo cual exigiría, de “lege ferenda”, una rápida respuesta legislativa.

Otro de los problemas que se suscita de producirse un incremento injustificado de las bases de cotización, y para el caso de que la Entidad Gestora proceda a su minoración, es el de determinar si el trabajador puede reclamar la devolución de las cuotas ingresadas indebidamente, ya que podría entenderse, en caso contrario, que la Tesorería General de la Seguridad Social se habría enriquecido injustamente, aceptando unas cotizaciones que de antemano podía saber incorrectas. En este punto los pronunciamientos judiciales<sup>119</sup> han entendido que, pese que la Entidad Gestora haya estado admitiendo de manera indebida cotizaciones por no haber efectuado una correcta actividad inspectora, ello en modo alguno legitima la devolución de dichas cotizaciones al beneficiario, por no suponer un enriquecimiento injusto para la Tesorería General de la Seguridad Social, ya que dichas cotizaciones también podían haber servido para la obtención de otras prestaciones de Seguridad Social<sup>120</sup>.

El hecho de que aquellas cotizaciones fueran asumidas por la Tesorería General de la Seguridad Social no impide calificar como de fraudulenta la conducta del beneficiario si se constata su existencia, pues a dicho organismo no

<sup>117</sup> STSJ de Cataluña de 1 de diciembre de 2004 (Recurso nº 6511/2003).

<sup>118</sup> STSJ de Cataluña de 24 de abril de 2013 (Recurso nº 2668/2012); STSJ de Cataluña de 8 de octubre de 2007 (Recurso nº 4671/2006). En la doctrina científica: Vivas Larruy, A., “A vueltas sobre el incremento de bases de cotización a efectos de la pensión de jubilación”, *Consell Obert*, nº 102, 1996, pág. 32 y ss. Rivas Vallejo, P., “Cuantía de la prestación”, ob. cit. pág. 173.

<sup>119</sup> STSJ del País Vasco de 5 de octubre de 2010 (Recurso nº 1707/2010); STSJ del País Vasco de 9 de diciembre de 2009 (Recurso nº 2104/2009); STSJ de Cataluña de 12 de julio de 1996 (Recurso nº 4169/1996).

<sup>120</sup> En el mismo sentido: Alonso Olea, M., Tortuero Plaza, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, ob. cit. pág. 432.

le incumbe calificar los ingresos que le efectúan ni detectar irregularidades que en ellos se puedan producir. Hay que tener presente que si por meras sospechas o presunciones rechazara las cotizaciones que le ingresan, podría situarse en una situación de ilegalidad y, en un hipotético litigio, resultaría condenada con bastante probabilidad. Además, si el cobro de las cuotas sin objeción convirtiera toda su cuantía en legítima o regular, no tendría sentido la existencia de los apartados 2º, 3º y 4º del artículo 162 del TRLGSS.

Otra cuestión a resolver es si la Entidad Gestora que aceptó tal incremento injustificado de cotizaciones, puede ir contra sus propios actos, impidiendo al beneficiario que se computen los mismos en la prestación de jubilación, y en este punto la doctrina judicial<sup>121</sup> ha insistido en que no por varios motivos:

En primer lugar, porque para poder aplicar la doctrina de los actos propios sería preciso que existiese un acto inequívoco de la Entidad Gestora (que genere efectos) en torno a la validez de las cotizaciones efectuadas en el tramo temporal, y la incompatibilidad entre el contenido de ese acto y su actuación posterior, lo que generalmente no sucede, pues el hecho de que la Entidad Gestora, para calcular el importe de la prestación de jubilación, tome en consideración las cotizaciones realizadas indebidamente incrementadas, no puede valorarse como un acto inequívoco de su voluntad de reconocerles eficacia a efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación ordinaria.

En segundo lugar, porque en el ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social la aplicación de la doctrina de los actos propios resulta improcedente, o cuando menos está fuertemente limitada, pues las entidades gestoras, que en su actuación están sujetas al principio de legalidad consagrado en el artículo 103.1 de la CE, no pueden violentar normas imperativas como la contenida en el artículo 162.2 del TRLGSS, por lo que tal teoría no es susceptible de amparar una actuación que conlleve la conservación de supuestos derechos dimanantes de pretendidos actos propios que se han revelado contrarios al ordenamiento jurídico. Por tanto, no puede aceptarse que la actuación de la entidad gestora quebrante el principio de seguridad jurídica, pues la misma se limita a cumplir un mandato legal.

Estas líneas interpretativas utilizadas por los tribunales de justicia, son plenamente criticables. No es de extrañar que se haya discutido hasta qué punto la propia TGSS podría rechazar el ingreso de cuotas superiores a los límites

<sup>121</sup> STSJ del País Vasco de 22 de febrero de 2001 (Recurso nº 2944/2010).

legales (o por lo menos advertirlo), a través de una sencilla operación de cotejo con las bases de cotización que resultasen de aplicar el salario pactado en convenio colectivo, y ello sin olvidar la dificultad que para los trabajadores por cuenta ajena supone el hecho de no recaer sobre ellos la responsabilidad directa de la liquidación de las cuotas, al ser esta responsabilidad del empresario<sup>122</sup>.

## 7. CONCLUSIONES

I.- En la práctica, la jubilación del trabajador va a suponer para el mismo una disminución de sus ingresos reales, debido a que éstos aumentaron durante su vida laboral, y la pensión puede no compensar la retribución que percibía. Ante tal circunstancia, el trabajador puede desear incrementar arbitrariamente sus bases de cotización en los últimos años de su vida laboral con la intención de poder obtener una cuantía superior en su pensión de jubilación. Este tipo de actuación, en connivencia con el empresario, puede constituir una actuación fraudulenta frente a la que el ordenamiento jurídico debe reaccionar. Sin embargo, hay ocasiones en que los incrementos en las bases de cotización del trabajador no derivan de pactos ilegales con el empresario, sino que se basan en situaciones objetivas y razonables, situaciones que el ordenamiento jurídico también ha de amparar si no se desea sancionar injustificadamente al trabajador a la hora de acceder a la pensión de jubilación.

II.- El artículo 162. 2, 3 y 4 del TRLGSS establece una presunción legal de fraude en la conducta del futuro beneficiario de la prestación contributiva de jubilación. Según dicho precepto, a la hora de determinar 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 y que sean consecuencia de aumentos salariales superiores al incremento medio interanual experimentado en convenio colectivo aplicable o, en su defecto, en el correspondiente sector; tampoco los aumentos que provengan de decisiones unilaterales del empresario en el ejercicio de sus facultades organizativas; ni los aumentos que deriven de pactos efectuados en función del cumplimiento de una determinada edad próxima a la jubilación. Posteriormente fija toda una serie de excepciones a esta regla general.

<sup>122</sup> Rivas Vallejo, P., “Cuantía de la prestación”, ob. cit. pág. 179. Vivas Larruy, A., “A vueltas sobre el incremento de bases de cotización a efectos de la pensión de jubilación”, ob. cit. pág. 32 y ss.

III.- De dicha regulación se desprende que a la hora de analizar la carga de la prueba en la conducta fraudulenta del beneficiario (consistente en el incremento injustificado de las bases de cotización con vista a incrementar la pensión de jubilación), hay que distinguir dos períodos temporales: el de los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de la pensión de jubilación; y aquél que excede del mismo. En el primero de estos períodos, cabe aplicar literalmente la normativa de Seguridad Social, de modo que tales incrementos se presumen fraudulentos, y corresponderá al beneficiario demostrar la justificación y objetividad de los mismos. En el segundo de estos supuestos, cabe acudir a los artículos 6.4º y 7.2º del Código Civil, de modo que, en aplicación de las reglas que disciplinan la carga de la prueba, el fraude no se presumirá, sino que será la Entidad Gestora quien deberá probar la existencia de un ánimo defraudador por parte del beneficiario de la pensión.

IV.- La apreciación de cuándo un aumento de las bases de cotización obedece a una causa justificada o por el contrario se produce con un ánimo fraudulento, es una cuestión difícil de discernir, que no va a encontrar una solución fácil vía jurisprudencial. Al tratarse de la valoración de unos hechos y de unas conductas concretas, la casuística es muy amplia, lo que dificulta la existencia de una doctrina unificada al respecto.

V.- Una interpretación jurisprudencial extensiva del fraude no puede excluir la posibilidad de progresar económica y profesionalmente, de quienes se hallen en edades próximas a la jubilación, cuando se den las causas que lo permitan, ya que, en caso contrario, podría lesionarse el derecho a la promoción a través del trabajo reconocido en el artículo 35.1 de la CE. Por otra parte, el artículo 14 de la CE prohíbe cualquier tipo de discriminación por razón de edad, y todo ello, unido al principio rector de la política social y económica de garantizar la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad (artículos 53.3 y 50 de la CE), impiden acudir a automatismos presuntivos que nos lleven a considerar que el mero incremento justificado de remuneraciones salariales producido en los dos años inmediatos previos a la jubilación es indicio suficiente de la existencia de fraude.

VI.- Por otro lado, una interpretación extensiva del fraude en estas situaciones, choca también con ciertos principios que rigen en el Derecho del Trabajo, como es el principio de condición más beneficiosa, que permite a las partes, en el seno del contrato de trabajo, mejorar las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo de referencia. Y también choca con la legitimidad del ejercicio del poder de dirección empresarial al amparo del derecho de libertad de empresa consagrado constitucionalmente. Más sencillo y acorde con

la realidad hubiera sido introducir legalmente la prohibición del fraude con carácter genérico en lugar de utilizar la técnica de presumir legalmente el fraude en el actuar del trabajador que se encuentra a las puertas de la jubilación

VII.- Determinar cuándo un incremento de las bases de cotización se efectúa con ánimo de aumentar una futura pensión de jubilación, y cuando no, puede convertirse en una cuestión difícil de dilucidar, y en cierta manera pierde eficacia ante los nuevos cambios normativos, que tienden a calcular la jubilación conforme a lo cotizado durante los últimos veinticinco años. El principio de guo, de ahí que la regla analizada pueda estar perdiendo su eficacia práctica.