

## Suplemento

# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**7623** *Sala Primera. Sentencia 89/2009, de 20 de abril de 2009. Cuestión de inconstitucionalidad 6300-2001. Planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Madrid sobre el segundo párrafo del artículo 34.5 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. Principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad del legislador: cambio del encuadramiento de los administradores sociales remunerados en la Seguridad Social que implica la obligación de cotizar con efectos retroactivos. Nulidad de disposición estatal.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad número 6300-2001, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid sobre el segundo párrafo del apartado cinco del artículo 34 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, por posible vulneración del artículo 9.3 de la Constitución. Han intervenido el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. El día 30 de noviembre de 2001 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Constitucional un escrito procedente del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid al que se acompañaba, junto al testimonio de las actuaciones correspondientes al recurso contencioso-administrativo número 45-2001, sobre devolución de cuotas, el Auto de 23 de noviembre de 2001 por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el segundo párrafo del apartado cinco del artículo 34 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, por posible vulneración del artículo 9.3 de la Constitución.

2. Los antecedentes de hecho del planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad son, en síntesis, los siguientes:

a) Ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid se sigue el recurso contencioso-administrativo número 45-2001, interpuesto por Transportes Ireneo, S.L., contra Resolución de 20 de noviembre de 2000 de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante TGSS) de Madrid, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra Resolución de 22 de agosto de 2000 de la Directora de la Administración número 6 de la TGSS de Madrid, que desestimó la solicitud de devolución de ingresos indebidos por cotizaciones a la Seguridad Social formulada por la empresa recurrente el 23 de junio de 2000.

b) La sociedad Transportes Ireneo. S.L. pretende en su recurso que la TGSS le devuelva la cantidad de 1.038.666 pesetas, suma ingresada el 8 de febrero de 2000 por

las cotizaciones al régimen general de la Seguridad Social (cuota patronal) de 1998 correspondientes a dos empleados de dicha empresa, administradores solidarios a su vez de la misma. Tales trabajadores habían venido estando encuadrados desde el día 1 de marzo de 1994 en el régimen especial de la Seguridad Social de trabajadores autónomos, abonando las cotizaciones correspondientes al referido régimen especial. Sin embargo, como consecuencia de la modificación de la disposición adicional 27 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social en virtud del artículo 34.2 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, pasaron a quedar encuadrados en el régimen general de la Seguridad Social y ello con efectos de 1 de enero de 1998, conforme disponía el artículo 34, apartado cinco, párrafo 2, de la citada Ley 50/1998. Como consecuencia de la eficacia retroactiva del cambio de encuadramiento, la TGSS procedió, a solicitud de los dos trabajadores afectados, a devolver a éstos las cotizaciones ingresadas al régimen especial de trabajadores autónomos durante 1998, y a reclamar a la empresa el pago durante el mismo periodo de las cotizaciones al régimen general de la Seguridad Social correspondientes a los dos trabajadores. Transportes Ireneo. S.L. ingresó esas cotizaciones, por un importe total de 1.236.585 pesetas, de las que 1.038.666 pesetas correspondían a la cuota patronal y el resto a la cuota de los trabajadores. La empresa fundamenta su solicitud de devolución de ingresos por cuota patronal en el argumento de que tal cotización había sido exigida como consecuencia de la eficacia retroactiva del cambio de encuadramiento de régimen de Seguridad Social establecida en el apartado cinco del artículo 34, párrafo segundo, de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, retroactividad que considera contraria al principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 CE, en cuanto a sus consecuencias económicas. Por ello, la empresa solicitaba en su demanda que el Juzgado plantease cuestión de inconstitucionalidad sobre el referido precepto legal.

c) Sustanciado el recurso contencioso-administrativo en todas sus fases, el Juzgado, mediante providencia de 30 de octubre de 2001, acordó declarar el proceso concluso para Sentencia y, con suspensión del plazo para dictar la misma, proponer a las partes el planteamiento ante el Tribunal Constitucional de la cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 34, apartado cinco, párrafo segundo, de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en relación con los puntos uno, dos, tres y cuatro del mismo precepto, por presunta vulneración del artículo 9.3 CE, en cuanto garantiza los principios de irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales y de seguridad jurídica. Se razonaba en el Auto que la imposición de la obligación de cotizar al régimen general por los dos trabajadores afectados (administradores de la sociedad) con efectos retroactivos a 1 de enero de 1998, como consecuencia del cambio de encuadramiento derivado de la aplicación del referido precepto legal, suponía la imposición de obligaciones económicas frente a la Administración pública que no eran previsibles en el momento de su devengo. Por ello, el Juzgado acordaba dar traslado de la providencia por plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y al resto de partes para que formularan las alegaciones que estimaran pertinentes de conformidad con el artículo 35.2 LOTC.

d) Transcurrido el plazo indicado, Transportes Ireneo, S.L., presentó escrito el 13 de noviembre de 2001, remitiéndose a las alegaciones formuladas en su escrito de demanda y reiteradas en su nota para la vista de conclusiones. En ella se señalaba, con invocación de la doctrina sentada en la STC 173/1996, que lo relevante en el presente caso no era el cambio de encuadramiento con carácter retroactivo, sino su consecuencia económica, ya que la obligación de cotizar con efectos retroactivos desde enero de 1998 suponía una clara vulneración del principio de seguridad jurídica y de confianza de los ciudadanos en las instituciones, pues se había realizado una actividad empresarial confiando en la legislación vigente para ser luego sorprendido con la imposición de unas cotizaciones con efectos retroactivos, en virtud de una modificación legal no previsible y carente de justificación.

e) El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones el 14 de noviembre de 2001, señalando que no se oponía al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad porque,

al margen de la prosperabilidad o no de la misma, la duda del Juez cumplía con los requisitos formales previstos en el artículo 35.1 LOTC, incluido el juicio de relevancia, toda vez que la pretensión de la empresa demandante sólo podía prosperar si se declaraba la inconstitucionalidad del apartado cinco del artículo 34, párrafo segundo, de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre.

f) El 14 de noviembre de 2001, el Letrado de la Administración de la Seguridad Social presentó su escrito de alegaciones, oponiéndose al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Argumentaba en primer lugar que no se cumplía el juicio de relevancia en el caso, porque las normas directamente aplicables al mismo y de cuya validez dependía el fallo eran las que rigen la devolución de ingresos indebidos por error, respecto de las cuales no se planteaban dudas de constitucionalidad, a lo que había que añadir que la recurrente pretendía ir en contra de actos firmes y consentidos, pues la posible inconstitucionalidad de la obligación de cotizar con efectos retroactivos en virtud del apartado cinco del artículo 34, párrafo segundo, de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, debió hacerse valer en el momento de ingresar las cotizaciones, o bien mediante el procedimiento de revisión de actos nulos de pleno derecho, cosa que no se había hecho. De modo subsidiario alegaba el Letrado de la Administración de la Seguridad Social que el precepto cuestionado no vulneraba los principios de irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales y de seguridad jurídica reconocidos en el artículo 9.3 CE, toda vez que lo que hacía el legislador era, justamente, poner fin a la inseguridad jurídica provocada por los vaivenes de la interpretación administrativa y jurisprudencial de las normas sobre encuadramiento en la Seguridad Social de los socios y administradores de las sociedades mercantiles capitalistas. En tal sentido se señalaba que por Ley 66/1997, de 30 de diciembre (disposición adicional cuadragésima tercera), se abordó este problema, introduciendo una nueva disposición adicional (la vigésima séptima) en el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, en la que se establecía la inclusión en el régimen especial de trabajadores autónomos de quienes ejercieran las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o prestaran otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que poseyeran el control efectivo de la sociedad, lo que se presume, *iuris et de iure*, cuando el trabajador posea al menos la mitad del capital social, y se presume *iuris tantum*, cuando concorra alguna de las circunstancias que la citada disposición señala. Esta modificación entró en vigor el 1 de enero de 1998. El artículo 34 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, dio nueva redacción a dicha disposición, para dar mayor claridad y precisión a algunos aspectos de esta regulación, estableciendo que sus efectos se retrotraerían a 1 de enero de 1998, obedeciendo esta eficacia retroactiva a criterios razonables y no lesionando derechos consolidados, pues se trataba sencillamente de una reforma técnica de la regulación introducida por la Ley 66/1997, que entró en vigor el 1 de enero de 1998, por lo que resultaba lógico vincular todos los cambios de encuadramiento que se produjeran como consecuencia de esta regulación a esa fecha.

g) Finalmente, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid dictó Auto el 23 de noviembre de 2001, cuya parte dispositiva acuerda: «plantear ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad del artículo 34.5 segundo párrafo de la Ley estatal 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por infracción del artículo 9.3 de la Constitución».

h) El segundo párrafo del apartado cinco del artículo 34 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social establece textualmente lo siguiente:

«Los efectos derivados de dicho cambio se retrotraerán a 1 de enero de 1998. No obstante, en el supuesto de que, durante 1998, se hubiera causado alguna prestación a cargo de algún régimen del sistema de la Seguridad Social, los indicados efectos se producirán a partir de la fecha en que hubiera finalizado el percibo de aquella, si así procediera por incorporarse el interesado al mismo puesto de trabajo.»

3. El Auto de 23 de noviembre de 2001 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid fundamenta el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en las consideraciones que seguidamente se resumen.

Señala en primer lugar el Juzgado que su fallo depende de la validez de la norma cuestionada, pues la sociedad recurrente ha ejercitado una acción de devolución de ingresos indebidos por la que pretende que le sean devueltas las cotizaciones al Régimen General de la Seguridad Social correspondientes a 1998 que voluntariamente ingresó, en aplicación del cambio legislativo operado en virtud del artículo 34, apartado cinco, de la Ley 50/1998, por dos personas que ejercían el cargo de administradores de dicha sociedad mercantil. Lógicamente –se afirma en el Auto–, si el citado precepto que le obligaba a pagar esas cotizaciones es contrario a la Constitución, este es motivo suficiente para considerar indebidas las cantidades pagadas en su cumplimiento.

Estima el Juzgado que la previsión contenida en el párrafo segundo del apartado cinco del artículo 34 de la Ley 50/1998, en cuanto da eficacia retroactiva a 1 de enero de 1998 a los cambios de encuadramiento de los administradores de sociedades capitalistas mercantiles en el régimen de la Seguridad Social que corresponda resultante de la modificación introducida por la citada Ley, vulnera el artículo 9.3 de la Constitución, que establece la garantía de la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Ello es así, según se razona en el Auto de planteamiento de la cuestión, porque bajo la vigencia de la Ley 66/1997, los administradores sociales que perciben retribución pero no tienen el control efectivo de la empresa quedaban encuadrados en el régimen especial de trabajadores autónomos, mientras que, en virtud de la reforma introducida por el apartado cinco del artículo 34 de la Ley 50/1998, quedan encuadrados en el régimen general, lo que supone una innovación fundamental a la que se da eficacia retroactiva máxima, pues la Ley 50/1998 entra en vigor el 1 de enero de 1999, mientras que los cambios de encuadramiento que sean consecuencia de dicha reforma se retrotraen a 1 de enero de 1998. La eficacia retroactiva máxima otorgada por el precepto cuestionado al artículo 34, apartado cinco, de la Ley 50/1998 ha supuesto para la sociedad recurrente la agravación de sus obligaciones económicas frente a la Seguridad Social, nacidas de unas conductas que la empresa había ya realizado antes de la entrada en vigor de la referida Ley, no siendo previsible la modificación operada. En efecto, como consecuencia de ese cambio de encuadramiento con eficacia retroactiva, la empresa se ha visto obligada a ingresar las cotizaciones al régimen general correspondientes al año 1998 de dos administradores sociales, cuando durante dicho ejercicio, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 66/1997, esas personas habían estado encuadradas en el régimen especial de trabajadores autónomos e ingresando por sí mismas, en consecuencia, sus cotizaciones a dicho régimen especial de la Seguridad Social.

Para el Juzgado, este agravamiento sobrevenido e imprevisible de las obligaciones económicas de la sociedad recurrente, como consecuencia del cambio legislativo operado por el artículo 34 de la Ley 50/1998, guarda analogía con el supuesto contemplado en la STC 173/1996, que estableció que el principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 9.3 CE protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a los cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, si bien la eficacia de este principio puede ceder cuando concurren claras exigencias de interés general en el caso concreto. Considera el Juzgado que en este caso no concurren exigencias de interés general que justifiquen dotar de eficacia retroactiva en orden a la obligación de cotizar a los cambios de encuadramiento en el correspondiente régimen de la Seguridad Social como consecuencia de la reforma introducida por el artículo 34 de la Ley 50/1998, por lo que resulta procedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad del párrafo segundo del número cinco de dicho precepto, en cuanto otorga esa eficacia retroactiva de grado máximo.

4. Por providencia de 12 de febrero de 2002 la Sección Segunda de este Tribunal acordó, a los efectos que determina el artículo 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegara lo que estimara conveniente acerca de la inadmisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por si pudiera ser notoriamente infundada.

5. Mediante escrito registrado el día 8 de marzo de 2002, el Fiscal General del Estado presentó sus alegaciones, interesando la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad sometida a enjuiciamiento, por carecer manifiestamente de fundamento el planteamiento de la misma.

El Fiscal General del Estado estima en su escrito que la eficacia retroactiva de la norma cuestionada es de primer grado o débil, pues afecta a relaciones jurídicas ya nacidas antes de la entrada en vigor de la norma, pero sin que se hayan consumado sus consecuencias jurídicas en el momento del comienzo de su vigencia, puesto que los trabajadores a que se refiere el precepto cuestionado estaban ya integrados en el sistema de la Seguridad Social y existía, por tanto, respecto de los mismos, un deber de cotizar, que debía ser cumplido en este caso por ellos mismos, de suerte que la modificación introducida por el precepto cuestionado se limita al encuadramiento de estos trabajadores, que pasan a integrarse en otro régimen distinto de aquél en que estaban, continuando su obligación de cotizar, aunque ahora resultando también obligada la empresa. Este cambio de encuadramiento no supone para la empresa un empeoramiento de sus derechos como consecuencia de que antes no estuviera obligada a cotizar y ahora sí, pues el legislador goza de una amplia potestad para aplicar retroactivamente normas que imponen obligaciones patrimoniales que no tienen carácter sancionador (como lo son las cotizaciones a la Seguridad Social) y que no afectan a derechos o situaciones jurídicas anteriormente consolidadas.

Además, entiende que en este caso opera a favor de la constitucionalidad del precepto cuestionado la provisionalidad de la situación jurídica preexistente a la fecha de efectiva aplicación del precepto, por lo que no cabe hablar de la protección de la confianza de los ciudadanos puesta en una determinada situación a la que ajustan sus conductas. Entraba dentro de lo previsible que el legislador, pese a que en la Ley 6/1997, de 30 de diciembre, incluyera a los administradores sociales que perciben retribución en el RETA, se decantara en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre por el encuadramiento en el régimen general, haciéndose eco de la posición asumida por el Tribunal Supremo en Sentencias de 23 de mayo, 10 de octubre y 7 y 21 de noviembre de 1997, que excluía únicamente del régimen general a los administradores denominados consejeros externos o no ejecutivos, cuya actividad se hallare limitada a la intervención en los Consejos de Administración. Considera el Fiscal General del Estado que, en la práctica, la disposición adicional 43 de la Ley 6/1997, de 30 de diciembre, no llegó a tener vigencia en ningún momento, pues los efectos retroactivos del artículo 34 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, cubrieron el limitado periodo de una año de aplicación de aquélla.

El respeto por parte del precepto objeto de enjuiciamiento a las situaciones jurídicas ya consolidadas y a los efectos generados por las mismas, así como la imposición con carácter retroactivo de determinadas obligaciones patrimoniales en aras de la consecución de un interés general, como es el de las prestaciones de Seguridad Social recaídas sobre quienes con anterioridad simplemente habían quedado excluidos de su contribución, sin que por ello tal omisión les hubiera reportado el reconocimiento de un derecho adquirido, amén de la previsibilidad del cambio normativo en el sentido adoptado finalmente por el legislador, permiten afirmar, a juicio del Fiscal General, que el carácter retroactivo impuesto por la disposición cuestionada no resulta contrario a la Constitución.

6. Por providencia de 23 de abril de 2002 la Sección Segunda de este Tribunal acordó tener por evacuado por el Ministerio Fiscal el anterior informe y admitir a trámite la cuestión, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme establece el artículo 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministro de Justicia, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que, en el improrrogable plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen convenientes, y publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado» (lo que se cumplimentó en el BOE número 112, de 10 de mayo de 2002).

7. Por escrito registrado el 17 de mayo de 2002, la Presidenta del Congreso de los Diputados comunicó que dicha Cámara no se personaría en el procedimiento ni formularía

alegaciones, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar, con remisión a la Dirección de Estudios y Documentación de la Secretaría General. Posteriormente, y por escrito registrado el 20 de mayo de 2002, se recibió comunicación de la Presidenta del Senado en el sentido de que se tuviera a dicha Cámara por personada en el procedimiento, y por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC.

8. El Abogado del Estado formuló sus alegaciones mediante escrito registrado el 21 de mayo de 2002, en el que pide la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad propuesta.

Comienza señalando el Abogado del Estado en su escrito que, aún cuando el Auto de planteamiento de la cuestión se refiera de manera genérica al apartado cinco del artículo 34, debe entenderse que el reproche de inconstitucionalidad afecta exclusivamente a su párrafo segundo, que se juzga contrario al artículo 9.3 CE no por su eficacia retroactiva sino, al decir del Auto, porque, no siendo previsible la innovación introducida en materia de encuadramiento o afiliación a la Seguridad Social, se entiende lesionada «la confianza de los ciudadanos que ajusten su conducta a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles». Desde tal perspectiva entiende, sin embargo, el Abogado del Estado que no existe la necesaria identidad entre el caso de autos y la causa decidendi de la STC 173/1996, sobre tributación de las máquinas recreativas, en la que se funda expresamente el Auto.

En el caso de la STC 173/1996 la inconstitucionalidad de la norma se basaba en un doble elemento: en la imprevisibilidad de la innovación y el daño a la confianza generada durante la vigencia de la norma precedente, así como en la carencia de una específica razón justificativa de la retroactividad. En cuanto al primer elemento, entiende que la normativa inmediatamente precedente, constituida por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, vino a su vez a introducir un esquema novedoso en el panorama jurisprudencial, que había sostenido con reiteración la sujeción de los administradores y, en general, de los cargos mercantiles de alta gestión de las sociedades de capitales al régimen general de la Seguridad Social. De esta forma, la Ley de medidas de 1997 no vino a constituir sino un mero paréntesis de excepción al encuadramiento que resultaba de las normas anteriores. Lo que precisamente ha pretendido la Ley 50/1998 es regularizar esas discontinuidades normativas, procurando una unificación del sistema aplicable y evitando las distorsiones en las cotizaciones y en las prestaciones causadas por una sucesión de diversos regímenes de encuadramiento, al ser el tiempo un factor constitutivo de unas y otras. Desde el punto de vista de la confianza en las decisiones económicas, por tanto, las particulares circunstancias concurrentes en este caso en la sucesión de preceptos impide apreciar una lesión del artículo 9.3 CE en el sentido propuesto por el Auto, no resultando imaginable que durante el año 1998 las empresas hubieran contratado a este tipo de personal precisamente en función de la regulación establecida por la Ley de 1997, no siendo, en cualquier caso, ése el caso de la empresa recurrente, en la que el personal afectado se encontraba al servicio de la misma con anterioridad.

Junto a lo anterior, y desde el punto de vista de la justificación de la norma, el presente caso tampoco es comparable al analizado en la STC 173/1996. El propósito de la norma es establecer un régimen general y uniforme para el personal directivo de las empresas, evitando que quede perjudicada la uniformidad y continuidad de situaciones allí donde la continuidad es un elemento esencial al propio sistema. Además, no es tampoco comparable el ámbito de las exacciones tributarias, que es el atendido por la Sentencia citada, con el del encuadramiento en el régimen de Seguridad Social; en el primero sólo hay una actuación unilateral del poder público, que define unos tributos y los exige en función de dicha definición, mientras que en el ámbito de la Seguridad Social juega un principio bidireccional que engloba la acción asistencial de los poderes públicos y la acción recaudatoria, siendo una y otra inescindibles y estando recíprocamente condicionadas en cualquier sistema ordenado de cobertura. De esta forma, la justificación de la norma cuestionada no queda reducida a unas meras ventajas de claridad y sencillez, sino a exigencias absolutamente inherentes a la propia materia regulada: la necesidad de continuidad en los regímenes y la necesaria correspondencia entre cotizaciones y prestaciones.

9. El Fiscal General del Estado evacuó el trámite conferido mediante escrito registrado el 27 de mayo de 2002, interesando que se dictase sentencia acordando la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad. En el escrito el Fiscal General reitera íntegramente los argumentos ya expuestos en la fase de admisión, según han quedado recogidos en el antecedente 5.

10. El Pleno de este Tribunal, mediante providencia de 24 de marzo de 2009 acordó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1c) LOTC, en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, deferir el conocimiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad a la Sala Primera, a la que, por turno objetivo, le ha correspondido.

11. Por providencia de 20 de abril de 2009 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 20 del mismo mes y año, trámite que ha finalizado en el día de hoy.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid, es determinar si el párrafo segundo del apartado cinco del artículo 34 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, vulnera el artículo 9.3 de la Constitución.

El artículo 34 de la Ley 50/1998 regula el encuadramiento de los trabajadores y administradores de sociedades mercantiles capitalistas y sociedades laborales en el sistema de Seguridad Social, estableciendo, por lo que aquí interesa, la inclusión en el régimen general, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, de los «consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de éstas, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores de la misma». En relación con ello, el apartado cinco del artículo establece textualmente lo siguiente:

«Cinco. Los interesados dispondrán de un plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la presente Ley, para dirigir las comunicaciones que procedan a la Administración de la Seguridad Social, al objeto de regularizar la situación de los trabajadores a que se refiere el apartado anterior, si subsistieran en dicho momento, las circunstancias determinantes de un cambio de encuadramiento o de situación en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda.

Los efectos derivados de dicho cambio se retrotraerán a 1 de enero de 1998. No obstante, en el supuesto de que, durante 1998, se hubiera causado alguna prestación a cargo de algún régimen del sistema de la Seguridad Social, los indicados efectos se producirán a partir de la fecha en que hubiera finalizado el percibo de aquella, si así procediera por incorporarse el interesado al mismo puesto de trabajo.»

A juicio del órgano proponente, el párrafo segundo de dicho apartado cinco, al otorgar eficacia retroactiva al cambio de encuadramiento de los administradores de sociedad mercantiles capitalistas resultante de las modificaciones introducidas por el indicado artículo 34, vulnera el artículo 9.3 CE, en cuanto establece la garantía de la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Tanto el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, como el Fiscal General del Estado interesan la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad, por entender que el precepto cuestionado no es contrario a los artículos invocados.

2. Como ha quedado indicado, la regulación legal que se cuestiona se inserta en un precepto referido al encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social de los socios trabajadores y administradores de las sociedades mercantiles capitalistas. La determinación legal de dicho encuadramiento se efectuó por primera vez a través de la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y fue posteriormente modificada por el artículo 34 de la

Ley 50/1998, disposición ahora cuestionada. Resultará, por ello, necesario comenzar por comparar el texto de una y otra disposición a fin de determinar si la eficacia retroactiva que se cuestiona de la segunda de ellas ha podido afectar al principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 CE.

La Ley 66/1997 reguló el encuadramiento de los socios trabajadores y administradores sociales en los siguientes términos:

«Disposición adicional cuadragésima tercera. *Encuadramiento de los socios trabajadores y miembros de los órganos de administración de las sociedades mercantiles capitalistas, dentro del Sistema de Seguridad Social.*

Uno. Se da nueva redacción al artículo 7.1 a) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social:

“a) Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a domicilio, y con independencia, en todos los casos, de la categoría profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral.”

Dos. Se da nueva redacción a las letras a) y k) del apartado 2 del artículo 97 de la Ley General de la Seguridad Social, pasando su actual letra k), con su misma redacción, a ser la letra l):

“2. A los efectos de esta Ley se declaran expresamente comprendidos en el apartado anterior:

a) El personal de alta dirección a que se refiere el artículo 2.1 a) del Estatuto de los Trabajadores, siempre que no forme parte del órgano de administración social desempeñando en el mismo funciones de dirección y gerencia de la sociedad.”

“k) Los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas que no formen parte del órgano de administración de las mismas con funciones de dirección y gerencia, cuando ni por su participación, directa o indirecta en el capital social, ni por cualquier otro medio posean un control efectivo de la sociedad.”

Tres. Se introduce una nueva disposición adicional al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

“Disposición adicional vigésima séptima.

1. Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos:

a) Quienes presten servicios retribuidos para sociedades mercantiles capitalistas formando parte de su órgano de administración, siempre que su actividad en el mismo no se limite al mero ejercicio de funciones consultivas y de asesoramiento, sino que comprenda la dirección y gerencia de la sociedad.

b) Los administradores sociales a que se refiere el apartado anterior, aun cuando no sean retribuidos por desempeñar tal cargo, si perciben otra remuneración como contraprestación de servicios realizados para la misma sociedad, incluso cuando pudieran calificarse como relación laboral común o especial de no concurrir con funciones de administración social.

c) Quienes presten servicios retribuidos por cuenta de una sociedad mercantil capitalista, siempre que posean el control efectivo de ésta por su participación directa o indirecta en el capital social o por cualquier otro medio. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social.



A efectos de aplicar lo dispuesto en la letra c) anterior, se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee un control efectivo de la sociedad, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1.<sup>a</sup> Que al menos la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios, esté distribuido entre socios, a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.

2.<sup>a</sup> Que, cualquiera que sea su porcentaje de participación en el capital social, se trate de empresas en las que únicamente presten servicios quienes tengan la condición de socios, constituyendo la aportación de trabajo para la entidad, título necesario para el reparto de las ganancias sociales.

3.<sup>a</sup> Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo, cuando en la empresa presten servicios personas que no tengan la condición de socios.

4.<sup>a</sup> Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuido el ejercicio de funciones de gerencia y dirección de la sociedad, cuando en la empresa presten servicios personas que no tengan la condición de socios.

En los supuestos en que no concurren las circunstancias anteriores, la Administración podrá demostrar, por cualquier medio de prueba, que el trabajador dispone del control efectivo de la sociedad.

2. No estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social los socios, sean o no administradores, de sociedades mercantiles capitalistas cuyo objeto social no esté constituido por el ejercicio de actividades empresariales o profesionales, sino por la mera administración del patrimonio de los socios.

3. Se considerarán debidas las altas que se hubieran practicado y las cotizaciones ingresadas en cualquier Régimen de la Seguridad Social, incluidas las cotizaciones por los conceptos de recaudación conjunta, respecto de los trabajadores a los que se refiere el apartado 1 de la presente disposición, con anterioridad al 1 de enero de 1998, siendo de aplicación, en su caso, las normas de cómputo de cuotas entre Regímenes de la Seguridad Social a efectos de reconocimiento de las prestaciones otorgadas por el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Los cambios de encuadramiento que deban efectuarse tendrán efectos desde 1 de enero de 1998, disponiendo los interesados de un plazo de un año para realizar las comunicaciones necesarias a la Administración al objeto de regularizar su situación. Transcurrido dicho plazo, los efectos del cambio de encuadramiento se registrarán por lo dispuesto con carácter general en las normas reglamentarias.

4. Lo establecido en los apartados anteriores no afectará a la asimilación establecida en el artículo 4 del Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, por el que aprueba el Texto Refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.»

Como se desprende del texto transcrito, y en lo que interesa al objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad, en la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 66/1997 se establece la inclusión obligatoria en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos de los administradores de las sociedades mercantiles capitalistas que perciban retribución, de los trabajadores de estas sociedades que realicen funciones de dirección y gerencia y de los socios trabajadores de dichas sociedades que posean el control efectivo de las mismas, fundamentalmente por su participación accionarial en el capital social (para lo cual se establecen una serie de presunciones legales). Por su parte, el personal de alta dirección que no desempeñe funciones de dirección y gerencia y los socios trabajadores que no posean el control efectivo de la sociedad resulta encuadrado en el régimen general de la Seguridad Social.

Interesa subrayar que, como ponen de manifiesto tanto el Fiscal General como el Abogado del Estado, este criterio legal no coincide con el que había venido siendo mantenido hasta dicho momento, ante el vacío de regulación, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, criterio que consideraba integrados en el régimen general de la

Seguridad Social a los administradores retribuidos, salvo que su participación en el capital social alcanzara el 50 por 100 de las acciones de la sociedad (por todas, STS de 29 de enero de 1997).

Pues bien, una vez establecido que la disposición adicional 43 de la Ley 66/1997, que entró en vigor el 1 de enero de 1998, reguló el encuadramiento de los administradores sociales remunerados en el régimen especial de la Seguridad Social de trabajadores autónomos, nos corresponde ahora analizar si la regulación contenida en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, afectó a estos administradores determinando un cambio de encuadramiento en la Seguridad Social con obligación de cotizar con efectos retroactivos. El artículo 34 de dicha Ley estableció lo siguiente:

«Artículo 34. *Encuadramiento de los trabajadores y administradores de sociedades mercantiles capitalistas y sociedades laborales en el Sistema de Seguridad Social.*

Uno. Se modifican las letras a) y k) del apartado 2 del artículo 97 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que quedan redactadas en los siguientes términos:

“a) Los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, aun cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni poseen su control en los términos establecidos en el apartado 1 en la disposición adicional vigésima séptima de la presente Ley.”

“k) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de éstas en los términos establecidos en el apartado uno de la disposición adicional vigésima séptima de la presente Ley, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma.”

Dos. Se modifica la disposición adicional vigésima séptima del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que queda redactada en los siguientes términos:

“Disposición adicional vigésima séptima. *Campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.*

1. Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquélla. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias:

1.º Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios, con los que conviva, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco, por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.

2.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo.

3.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

En los supuestos en que no concurren las circunstancias anteriores, la Administración podrá demostrar, por cualquier medio de prueba, que el trabajador dispone del control efectivo de la sociedad.

2. No estarán comprendidos en el Sistema de Seguridad Social los socios, sean o no administradores, de sociedades mercantiles capitalistas cuyo objeto social no esté constituido por el ejercicio de actividades empresariales o profesionales, sino por la mera administración del patrimonio de los socios.

3. Lo establecido en el apartado 1 no afectará a la asimilación establecida en el artículo 4 del texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, aprobado por Decreto 2864/1974, de 30 de agosto.”

Tres. Se modifica el artículo 21 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales, que queda redactado en los siguientes términos:

“Artículo 21. *Enquadramiento en el Sistema de la Seguridad Social.*

1. Los socios trabajadores de las sociedades laborales, cualquiera que sea su participación en el capital social dentro del límite establecido en el artículo 5 de la presente Ley, y aun cuando formen parte del órgano de administración social, tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena a efectos de su inclusión en el Régimen General o Especial de la Seguridad Social que corresponda por razón de su actividad, y quedarán comprendidos en la protección por desempleo y en la otorgada por el Fondo de Garantía Salarial, cuando estas contingencias estuvieran previstas en dicho Régimen.

2. Dichos socios trabajadores se asimilan a trabajadores por cuenta ajena, a efectos de su inclusión en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda, con exclusión de la protección por desempleo y de la otorgada por el Fondo de Garantía Salarial, en los siguientes supuestos:

a) Cuando por su condición de administradores sociales, realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad siendo retribuidos por el desempeño de este cargo, estén o no vinculados, simultáneamente, a la misma mediante relación laboral común o especial.

b) Cuando, por su condición de administradores sociales, realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad y, simultáneamente, estén vinculadas a la misma mediante relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, los socios trabajadores estarán incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, cuando su participación en el capital social junto con la de su cónyuge y parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado, con los que convivan alcance, al menos, el cincuenta por ciento, salvo que acredite que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares.”

Cuatro. Se considerarán debidas las altas que se hubieran practicado y las cotizaciones a la Seguridad Social, incluidas las cotizaciones por los conceptos de recaudación conjunta, ingresadas en cualquier Régimen del Sistema con anterioridad a 1 de enero de 1998 respecto de los trabajadores a que se refiere el artículo 97.2 a) y k) y el apartado 1 de la disposición adicional vigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y el artículo 21 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de sociedades laborales, en la redacción que de los mismos efectúa la presente disposición.

Cinco. Los interesados dispondrán de un plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la presente Ley, para dirigir las comunicaciones que procedan a la Administración de la Seguridad Social, al objeto de regularizar la situación de los trabajadores a que se refiere el apartado anterior, si subsistieran en dicho momento, las circunstancias determinantes de un cambio de encuadramiento o de situación en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda.

Los efectos derivados de dicho cambio se retrotraerán a 1 de enero de 1998. No obstante, en el supuesto de que, durante 1998, se hubiera causado alguna prestación a cargo de algún régimen del sistema de la Seguridad Social, los indicados efectos se

producirán a partir de la fecha en que hubiera finalizado el percibo de aquélla, si así procediera por incorporarse el interesado al mismo puesto de trabajo.»

Como puede observarse, la principal innovación que introduce el artículo 34 de la Ley 50/1998 en materia de encuadramiento en la Seguridad Social de los administradores de las sociedades mercantiles capitalistas, si se compara este precepto con la disposición adicional 43 de la Ley 66/1997, consiste en convertir en determinante el criterio del control efectivo de la sociedad. De suerte que, tras la entrada en vigor de la Ley 50/1998 (1 de enero de 1999), quedan incluidos obligatoriamente en el régimen especial de trabajadores autónomos los consejeros y administradores de las sociedades mercantiles capitalistas que perciban retribución y los trabajadores de éstas que realicen funciones de dirección y gerencia, siempre que, en ambos casos, posean el control efectivo de la sociedad, mediante la participación directa o indirecta en el capital social. De no darse tal circunstancia de control efectivo, los consejeros y administradores sociales retribuidos quedan incluidos en el régimen general (con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial).

De este modo, el anterior encuadramiento en el régimen especial de trabajadores autónomos de aquellos administradores sociales retribuidos que no ostentaran el control efectivo dejó de ser correcto tras la entrada en vigor de la Ley 50/1998, procediendo su inclusión en el régimen general de la Seguridad Social. Ahora bien, el artículo 34 de la Ley 50/1998 no sólo obligó a este cambio de encuadramiento a partir de la fecha de su entrada en vigor sino que, en virtud de lo dispuesto en el párrafo segundo de su apartado cinco, estableció la eficacia retroactiva del mismo al 1 de enero de 1998, esto es, a la fecha de entrada en vigor de la precedente regulación contenida en la Ley 66/1997. Resultará necesario, por ello, analizar en qué medida esta eficacia retroactiva haya podido vulnerar efectivamente el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 CE.

3. Para el adecuado examen de la cuestión planteada resulta necesario hacer referencia a nuestra doctrina sobre la posible afectación del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en supuestos de eficacia retroactiva de normas legales que imponen a los ciudadanos la obligación de contribuir al sostenimiento de gastos públicos o de efectuar prestaciones patrimoniales de carácter público (art. 33 CE), doctrina que es aplicable, a los efectos que aquí interesan, tanto a la materia tributaria como a la referida a las cotizaciones a la Seguridad Social, toda vez que éstas, como hemos ya señalado, «son prestaciones patrimoniales coactivamente impuestas por un ente público (art. 31.3 CE), asimilables a los tributos, pues consisten en la entrega de una suma de dinero a un ente público para el sostenimiento de los gastos del Estado (en concreto, del Sistema de Seguridad Social) como consecuencia de la realización de un hecho revelador de capacidad económica (art. 31.1 CE)» (ATC 306/2004, de 20 de julio, FJ 4).

Pues bien, a tal fin debemos comenzar por recordar que la doctrina de este Tribunal ha rechazado que el artículo 9.3 CE consagre una pretendida irretroactividad de este tipo de normas. Así, en la STC 126/1987, de 16 de julio, FJ 9, señalamos que «no existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva» y ello es así, como se recuerda en las SSTC 104/2000, de 13 de abril, FJ 6, y 131/2001, de 7 de junio, FJ 5, «por cuanto el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, concierne sólo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales, en el sentido que hemos dado a esta expresión (SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10; 6/1983, de 4 de febrero, FJ 2; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3), a saber, que la «restricción de derechos individuales» ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual, el límite de dicho artículo hay que considerarlo como referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (del título I de la Constitución) o en la esfera general de protección de la persona (STC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3). Ello hace inviable la invocación de esta norma para afirmar el respeto debido a unas situaciones jurídicas que, si hubieran de identificarse como pretensiones tuteladas por la norma en cuestión, no tendría otros titulares que los entes públicos (en idénticos términos, STC 99/1986, de 11 de julio, FJ 11)».

Dado que las normas tributarias no son normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales (SSTC 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3; y 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11), no existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva (SSTC 126/1987, de 16 de julio, FJ 9; y 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8) o, dicho de otra forma, «no cabe considerar, con carácter general, subsumidas las normas fiscales en aquellas a las que expresamente se refiere el artículo 9.3 de la Constitución, por cuanto tales normas tienen un fundamento autónomo en la medida en que son consecuencia obligada del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, impuesto a todos los ciudadanos por el artículo 31.1 de la Norma fundamental» (STC 126/1987, de 16 de julio, FJ 9; y, en el mismo sentido, SSTC 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11).

Ahora bien, la admisibilidad de la eficacia retroactiva de las normas tributarias o sobre cotización a la Seguridad Social no significa que esas normas con efectos retroactivos sean legítimas constitucionalmente en todo caso, pues, como hemos advertido en diversas ocasiones, pueden entrar en juego otros principios constitucionales, como son el de seguridad jurídica o el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que pueden resultar contrariados por la retroactividad de esas normas legales. Así, en la ya citada STC 126/1987 advertíamos de que «afirmar la admisibilidad de la retroactividad de las normas fiscales no supone mantener, siempre y en cualquier circunstancia, su legitimidad constitucional, que puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución» (FJ 9).

En lo que se refiere al principio de seguridad jurídica, recordábamos en esta misma Sentencia cómo se ha venido configurando, a partir de la Sentencia número 26 del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 19 de diciembre de 1961, «una línea argumental que, partiendo de la idea del Estado de Derecho y de los principios que lo informan, considera que las normas tributarias retroactivas pueden estimarse constitucionalmente ilegítimas cuando atentan a tal principio y a la confianza de los ciudadanos» (FJ 11). En base a ello, hemos afirmado que dicho principio «protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que, de no darse esta circunstancia, la retroactividad posible de las normas tributarias podría incidir negativamente en el citado principio que garantiza el artículo 9.3 CE» (SSTC 173/1996, de 31 de octubre, FJ 5; 234/2001, de 13 de diciembre, FJ 11).

Sin embargo, tampoco el principio de seguridad jurídica puede erigirse en un valor absoluto, pues ello «daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente, siendo así que éste, al regular relaciones de convivencia humana, debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de perfeccionamiento y de progreso. La interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad entrañaría consecuencias contrarias a la concepción que fluye del artículo 9.2 de la Constitución, como ha puesto de manifiesto este Tribunal, entre otras, en sus SSTC 27/1981 y 6/1983. Por ello, el principio de seguridad jurídica no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal» (STC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11).

En este contexto, afirmábamos en esta misma Sentencia que «el grado de retroactividad de la norma cuestionada, así como las circunstancias específicas que concurren en cada caso, se convierten en elemento clave en el enjuiciamiento de su presunta inconstitucionalidad. Y a estos efectos resulta relevante la distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas. En el primer supuesto –retroactividad auténtica–, la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio; en el segundo –retroactividad impropia–, la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico-tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso» (STC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11).

En definitiva, serán las circunstancias específicas que concurran en cada caso y el grado de retroactividad de la norma cuestionada los elementos determinantes que permitan enjuiciar su pretendida inconstitucionalidad (SSTC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 197/1992, de 19 de noviembre, FJ 4; 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11; 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 6; y 234/2001, de 13 de diciembre, FJ 10).

4. La norma cuya constitucionalidad se cuestiona configura un supuesto de lo que hemos denominado «retroactividad auténtica», en expresión de la STC 126/1987, en la medida en que impone a las empresas una carga de cotización a la Seguridad Social más onerosa con base en un supuesto de hecho realizado en su integridad y plenamente agotado en sus efectos jurídicos al amparo de la legislación anterior.

En efecto, la norma impone a las empresas la obligación de cotizar al régimen general de la Seguridad Social por los administradores retribuidos que hubieran prestado servicios para las mismas durante el año anterior a la fecha de su entrada en vigor, período de tiempo en el que, de conformidad con la legislación entonces vigente (Ley 66/1997), no existía tal obligación de cotización empresarial, sino que eran los propios administradores quienes debían cotizar por sí mismos al régimen especial de trabajadores autónomos. Ha de tenerse en cuenta que las cuotas de Seguridad Social se devengan periódicamente, mes a mes, debiendo procederse a su ingreso, dentro del régimen general, en el mes siguiente al que corresponda a su devengo (art. 56 del Reglamento general de recaudación a la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio). En consecuencia, la prestación de servicios de los administradores retribuidos que no poseyeran el control efectivo de la sociedad no implicaba durante el año 1998 obligación alguna de cotización a la Seguridad Social para las empresas para las que prestaban servicios, que debían ingresar cada mes las cotizaciones correspondientes a sus trabajadores en alta en el régimen general durante el mes anterior sin incluir a los citados administradores, por estar éstos encuadrados en un régimen diferente. Cuando la Ley 50/1998 modifica el encuadramiento de dichos administradores para pasar a incluirlos en el régimen general y establece la obligación de regularizar retroactivamente a 1 de enero de 1998 los efectos derivados de tal cambio de encuadramiento está imponiendo a las empresas una obligación de cotización a la Seguridad Social con base a una prestación de servicios ya realizada en su integridad en fecha anterior a la entrada en vigor de la norma y cuyos efectos jurídicos en materia de cotización a la Seguridad Social habían quedado plenamente agotados.

Resulta indiferente a tales efectos la consideración expuesta por el Fiscal General del Estado para argumentar que la eficacia retroactiva de la norma cuestionada es «débil» o «de primer grado» de que los administradores a los que se refiere el precepto estaban ya integrados con anterioridad en el sistema de la Seguridad Social y existía, por tanto, respecto de los mismos un deber de cotizar, que debía ser cumplido en ese momento por ellos mismos, de suerte que la modificación introducida por el precepto se limita al encuadramiento de estos trabajadores, que pasan a integrarse en un régimen distinto de aquél en el que estaban, subsistiendo la obligación de cotizar, aunque resultando ahora también obligada la empresa. Ello es en forma clara así, pero este hecho en nada altera la conclusión anteriormente alcanzada en relación con la obligación de cotización empresarial que la norma contempla con efectos retroactivos, pues ésta supone la modificación de los efectos jurídicos anudados a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley (STC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11) mediante la imposición a las empresas de una prestación patrimonial a la que con anterioridad no estaban sujetas.

5. El enjuiciamiento de la constitucionalidad de una norma con efectos retroactivos del grado señalado obliga a tomar en consideración tanto la finalidad de la norma como las circunstancias específicas concurrentes en el caso. Según se indicó con anterioridad, el principio de seguridad jurídica protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de estas disposiciones no

puede trascender la interdicción de la arbitrariedad (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; y 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11), sin llegar a impedir dichos cambios cuando existan «claras exigencias de interés general» (STC 173/1996, de 31 de octubre, FJ 5) que lo justifiquen.

En relación con ello, resulta necesario destacar, en primer lugar, el carácter completamente imprevisible de la modificación operada por la Ley 50/1998 en el encuadramiento en la Seguridad Social de los administradores sociales retribuidos, sin que pueda compartirse la consideración sostenida tanto por el Abogado del Estado como por el Fiscal General del Estado sobre el alcance pretendidamente provisional de la regulación precedente o sobre el carácter polémico o discutido de la cuestión, en función de la existencia de diversas resoluciones del Tribunal Supremo que habían resuelto la inclusión de dichos administradores en el régimen general de la Seguridad Social, siendo ésta la solución finalmente adoptada por la norma ahora cuestionada.

Es cierto que esta cuestión había venido resultando controvertida, ante la ausencia de una expresa regulación legal, así como que el Tribunal Supremo había acabado unificando las discrepancias jurisprudenciales resolviendo en favor de la inclusión de estos administradores en el régimen general de la Seguridad Social, salvo que poseyeran el control efectivo de las sociedades; pero no lo es menos que las dudas o la provisionalidad debieron entenderse resueltas cuando el legislador optó por regular expresamente la cuestión, por más que lo hiciera en sentido no coincidente con la jurisprudencia unificada, decidiendo la inclusión de estos administradores en el régimen especial de trabajadores autónomos. Las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo a este respecto (entre otras, SSTs de 20 y 29 de enero, 26 de mayo, 3 de julio, 7 y 21 de noviembre de 1997) fueron anteriores a la Ley 66/1997 y tomaban especialmente en consideración la inexistencia de una regulación reglamentaria que precisara o aclarara el encuadramiento en la Seguridad Social de los administradores sociales ejecutivos y, en particular, la ausencia de una expresa inclusión de los mismos en uno de los regímenes especiales (negando, incluso, la validez, a tales efectos, de una resolución interpretativa de la Dirección General de Régimen Jurídico y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social del año 1982 que había sostenido ya en dicho momento la inclusión de estos trabajadores en el régimen especial de trabajadores autónomos, por considerarla carente de fuerza normativa y no ajustada a Derecho). Efectuada la regulación legal del encuadramiento e incluidos expresamente estos administradores en el régimen especial de la Seguridad Social de trabajadores autónomos, la cuestión debió entenderse definitivamente resuelta y, además, no propiamente en términos contrarios a los sostenidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino supliendo la ausencia de regulación que determinó aquélla.

En consecuencia, cuando el 1 de enero de 1998 entró en vigor la Ley 66/1997, tanto los administradores sociales como las sociedades para las que prestaban sus servicios tuvieron la plena certeza jurídica sobre la opción del legislador en favor de su encuadramiento en el régimen especial de trabajadores autónomos, y a tal certeza ajustaron sus conductas, sin que nada en la citada regulación permitiera hacer pensar que la misma fuera a tener un alcance meramente provisional o que el legislador fuera a cambiar de criterio doce meses después para adoptar exactamente la solución contraria a la inicialmente adoptada.

No cabe, lógicamente, hacer suposiciones sobre cuál habría sido el comportamiento de las sociedades afectadas por la disposición cuestionada, en orden a sus decisiones de contratación o mantenimiento de sus administradores retribuidos, de haber sido otra la decisión del legislador, cuestión a la que alude el Abogado del Estado en sus alegaciones. Lo que es claro, en cualquier caso, es que tales decisiones se adoptaron durante el año 1998 en presencia de una norma, que había entrado en vigor el día 1 de enero, mediante la cual el legislador resolvía la cuestión controvertida sobre el encuadramiento en la Seguridad Social de dichos administradores en favor de su inclusión en el régimen especial de trabajadores autónomos, con obligación de cotización a cargo exclusivamente de los propios trabajadores, y que nada en la norma permitía hacer pensar que la solución adoptada tuviera un carácter meramente transitorio o provisional. Más aún, en el caso de la sociedad cuya demanda dio origen a la presente cuestión de inconstitucionalidad, era

precisamente en dicho régimen especial en el que figuraban ya encuadrados los dos administradores considerados desde antes de la entrada en vigor de la Ley 66/1997, según se ha hecho constar en los antecedentes.

No puede, por ello, acogerse la alegación del Abogado del Estado de que la regulación contenida en la Ley 66/1997 constituyó un mero paréntesis de excepción al encuadramiento en el régimen general de la Seguridad Social de estos trabajadores que resultaba de las normas anteriores. De una parte, no es posible afirmar que la situación anterior a la Ley 66/1997 fuera inequívoca en tal sentido, como lo pone de manifiesto, precisamente, la existencia de una extensa jurisprudencia unificadora dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, así como, en particular, la concreta situación de los dos administradores aquí considerados; de otra, es claro que la calificación como «paréntesis» de la solución legal adoptada sólo puede, en su caso, alcanzarse tras constatar su abandono por la Ley 50/1998, pero en modo alguno durante el año 1998, recién implantado el criterio legal. Y tampoco posee relevancia, a estos efectos, la consideración efectuada por el Fiscal General del Estado en el sentido de que el encuadramiento contemplado en la Ley 66/1997 no llegó en la práctica a tener vigencia en ningún momento, toda vez que los efectos de la inmediatamente posterior Ley 50/1998 cubrieron el limitado período de un año de aplicación de aquélla, pues es precisamente esta retroactividad de los efectos de la Ley 50/1998 la que obliga al análisis de su constitucionalidad desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica.

6. Debemos concluir, por todo ello, que la aplicación retroactiva de la modificación introducida por la Ley 50/1998 ha afectado a la confianza de las sociedades destinatarias de la norma, que habían ajustado su conducta durante el año 1998 a la legislación vigente en dicho momento, en virtud de la cual quedaban eximidas de cotizar a la Seguridad Social por sus administradores retribuidos, sin que tal modificación resultara razonablemente previsible, lesionando, así, el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). De acuerdo con nuestro canon de enjuiciamiento, quedará únicamente por analizar la eventual concurrencia de exigencias cualificadas del bien común susceptibles de prevalecer, excepcionalmente, sobre el principio de seguridad jurídica.

Pues bien, ni del análisis de la disposición cuestionada, teniendo en cuenta lo que constituye su objeto y finalidad, ni de la lectura del preámbulo de la Ley 50/1998, que omite cualquier consideración, no ya sobre la eficacia retroactiva de la disposición sino, incluso, sobre la disposición en sí, ni, en fin, de las alegaciones efectuadas por el Fiscal General del Estado y por el Abogado del Estado, se deriva la eventual concurrencia de tales exigencias de interés general. Es claro que la modificación del régimen de encuadramiento en la Seguridad Social de un colectivo de trabajadores en el corto período de tiempo de un año no es algo que resulte especialmente satisfactorio desde el punto de vista de la claridad y sencillez del sistema y de la deseable continuidad en la situación de aseguramiento, pero, frente a lo señalado por el Abogado del Estado, ello no afecta a ningún elemento esencial de las exigencias derivadas del régimen de protección social que hubiera de ser ponderado desde la perspectiva del artículo 41 CE, por más que pueda implicar una dificultad añadida para la gestión, que habrá de tener en cuenta en su momento la necesidad de un cómputo recíproco de cotizaciones efectuadas a regímenes diferentes, en orden al reconocimiento de futuras prestaciones, situación ésta nada infrecuente en la gestión del Sistema de Seguridad Social, expresamente prevista en sus normas reguladoras y que, en realidad, ni siquiera podría llegar a evitarse a través de la aplicación retroactiva de la Ley 50/1998, dado que, como hemos visto que ocurre en el caso analizado y previsiblemente en otros, ya con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 66/1997 existían administradores sociales encuadrados en el régimen especial de trabajadores autónomos, constando, incluso, una instrucción administrativa que así lo establecía, por lo que la consiguiente discontinuidad en la carrera de seguro desde el punto de vista del régimen de encuadramiento, incluida la derivada del cambio de criterio normativo operado en el año 1998, habrá de ser resuelta en cualquier caso mediante la aplicación de las normas generales del sistema.



Todo lo anteriormente expuesto obliga a concluir que la norma cuestionada ha llevado a cabo un incremento retroactivo de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social que puede calificarse de no previsible y carente de la suficiente justificación, lo que conduce a estimar que, en este caso, se ha producido una vulneración del principio de seguridad jurídica garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en su virtud, declarar inconstitucional y nulo el segundo párrafo del apartado cinco del artículo 34 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veinte de abril de dos mil nueve.—María Emilia Casas Baamonde.  
Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.