

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 263** *Sala Segunda. Sentencia 121/2010, de 29 de noviembre de 2010. Cuestión de inconstitucionalidad 3988-2001. Planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Tarragona respecto del artículo 28.1 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Derecho a la legalidad de las sanciones administrativas y garantías del procedimiento administrativo sancionador: validez del precepto legal que impone a las mutuas de accidentes de trabajo un recargo único del 20 por 100 para ingresos fuera de plazo.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente; don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3988-2001, promovida por el titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Tarragona respecto del art. 28.1 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por supuesta vulneración de los arts. 24 y 25.1 en relación con el art. 9.3 de la Constitución. Han comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. El 12 de julio de 2001 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal oficio del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Tarragona por el que eleva testimonio de las actuaciones correspondientes al recurso contencioso-administrativo núm. 367-2000, en cumplimiento del Auto del mismo órgano jurisdiccional de 20 de junio de 2001, que se acompaña, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 28 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por supuesta vulneración de los arts. 24 y 25.1 en relación con el art. 9.3 de la Constitución.

2. El planteamiento de la cuestión tiene su origen en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Mutua de Accidentes de Trabajo de Tarragona contra la resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social que desestimó su solicitud de condonación del recargo de mora que le había sido impuesto por no haber ingresado dentro del plazo reglamentariamente fijado la aportación que le correspondía al capital coste de la pensión de incapacidad permanente total de un concreto trabajador. Tal solicitud de condonación se planteó en el marco de lo dispuesto en los entonces vigentes arts. 59.3, del Reglamento general de recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, y 50 de su Orden de desarrollo, de 26 de mayo de 1999, siendo así que la Tesorería General de la Seguridad Social, al desestimarla, afirma que el importe correspondiente al recargo «viene fijado en el art. 28.1 de la Ley general de la Seguridad Social».

Concluido el proceso, con fecha 1 de junio de 2001 el órgano judicial dictó providencia en la que acordó literalmente lo siguiente: «De conformidad con lo establecido en el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y ante las manifestaciones de las partes que consideran que el recargo controvertido en los presentes autos tiene su fundamento legal en el art. 28 LGSS y ante la eventualidad de que el mismo tenga naturaleza de sanción y no de estímulo o compensación y siguiendo la doctrina que establece el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 276/2000 (BOE 14-XI-2000) y en la núm. 23/2001 (BOE 1-III-2001) y otras precedentes concédase un plazo de diez días a las partes y al Ministerio Fiscal para que aleguen lo que deseen respecto de la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad».

Con fecha 8 de junio de 2001 el Fiscal presentó escrito en el que llama la atención sobre el hecho de que la providencia del Juzgado no indica explícitamente cuál es el precepto constitucional posiblemente vulnerado, si bien afirma que «de manera implícita se deduce que son los artículos 24, 25.1 y 9.3 de la Constitución», para concluir que, «sin pronunciarse sobre el fondo de la cuestión», no se opone al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. El 18 de junio de 2001 la Mutua de Accidentes de Trabajo de Tarragona presentó escrito en el que afirma que en aplicación del art. 28 LGSS se le ha impuesto un recargo que supone una sanción «encubierta», por lo que estima que dicho precepto vulnera los arts. 24.2 y 25 de la Constitución, a efecto de lo cual cita las SSTC 164/1995 y 276/2000, si bien afirma que «debe tenerse en cuenta la posibilidad de que no sea el art. 28 LGSS el que se muestre contrario a la Constitución, sino solamente su concreción en materia de capitales de coste de pensiones de los que deben responder las Mutuas patronales, plasmada en el art. 90 del Reglamento General de Recaudación», en cuyo caso estima que el Juzgado podría resolver por sí mismo inaplicando la norma reglamentaria. La Tesorería General de la Seguridad Social, por su parte, mediante escrito de la misma fecha, descarta que sea pertinente plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el precepto, ya que considera que no establece una sanción, sino un recargo, ya que no supone un castigo por la realización de una conducta ilícita administrativamente, sino un estímulo para el cumplimiento de las obligaciones de cotización, así como una indemnización por el incumplimiento en plazo, siendo así que no se podría afirmar, como hace la Mutua, que el art. 29.2 del texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones del orden social tipifique como falta muy grave el «no contribuir en la medida en que proceda al sostenimiento económico de los servicios comunes de la Seguridad Social», ya que el capital coste no podría ser considerado como aportación para el sostenimiento de aquellos servicios comunes, en los términos del art. 4 del Reglamento general de recaudación, aprobado por Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre (posteriormente sustituido por el aprobado mediante Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio).

El titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Tarragona, mediante Auto de 20 de junio de 2001, decidió plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 28 LGSS por entender que dicho precepto contradice los arts. 24 y 25.1, en relación con el art. 9.3, de la Constitución Española.

3. Comienza el Auto afirmando que el pronunciamiento de este Tribunal sobre la pretendida contradicción entre el art. 28 LGSS y los arts. 24, 25.1 y 9.3 de la Constitución es determinante del fallo del recurso contencioso en el que se dicta, ya que si el recargo en cuestión «tiene una verdadera naturaleza sancionadora, habrá que decretar la nulidad de la resolución, al haberse prescindido de cualquier tipo de procedimiento sancionador y tratarse, en suma, de una sanción de plano». Según afirma, la resolución recurrida se basa en el art. 90 del Reglamento general de recaudación del sistema de Seguridad Social, aprobado en desarrollo del art. 28 LGSS, que transcribe en sus dos párrafos.

El Auto se detiene en desgranar, sucesivamente, las razones en función de las cuales considera que la «naturaleza sustancial» del recargo regulado en el precepto cuestionado «coincide con la de las sanciones». Con cita de las SSTC 164/1995, de 13 de noviembre, y 276/2000, de 16 de noviembre (esta última transcrita literalmente en varios de sus fundamentos jurídicos), advierte que es preciso dilucidar si tiene carácter sancionador o meramente disuasorio el recargo del 20 por 100 establecido por el precepto cuestionado sobre las

deudas con la Seguridad Social distintas de las cuotas que fueran ingresadas fuera de plazo, planteamiento al que da respuesta advirtiendo, en primer lugar, que el recargo no es un «interés legal» por retraso (a cuyo efecto cita la STC 76/1990), ni el tributo al que se refiere la STC 37/1987, ni tampoco una mera compensación de unos hipotéticos daños producidos a la Administración por el retraso en los ingresos «pues la norma», «ni prevé ni regula su cálculo ni procedimiento de compensación». Descarta igualmente que se trate de una de las multas coercitivas previstas en el art. 96 c) y 99 de la Ley 30/1992 (con cita de la STC 239/1988) o de un «supuesto de autotutela administrativa de ejecución forzosa o medida reparatoria» (con referencia a la STC 119/1991 y varias Sentencias del Tribunal Supremo). Tampoco, entiende, se trataría de un recargo con función resarcitoria, ya que falta el requisito «previo y *sine qua non*» de la fijación del daño y de la prueba del nexo causal. Ni un «estímulo positivo», puesto que su cuantía (cuatro millones de pesetas por un retraso de quince días respecto de una deuda de dieciocho millones), según cabe concluir con apoyo en la STC 164/1995, tendría «valor indiciario» sobre el sentido de la medida, «máxime cuando en este caso no se refiere ni a intereses ni a distintos módulos sino de un módulo único que se impone por un incumplimiento», lo que resultaría por sí mismo ajeno a todo principio de proporcionalidad. De este carácter de recargo único deduce el órgano judicial, «por aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional respecto del art. 61.2 LGT», la conclusión de que el art. 28 LGSS es inconstitucional.

Se cierra el Auto con la trascripción literal del Auto de la Sala lo de Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por el que se planteó cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 61.2 de la Ley General Tributaria, que entiende «es absolutamente aplicable al presente supuesto». En dicho Auto razona el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sobre la vulneración por el precepto en ese caso cuestionado de las garantías del art. 24 y del 25.1 en relación con el art. 9.3 de la Constitución, afirmando que a pesar de tratarse de un «recargo único», configurado legalmente como medida disuasoria de naturaleza no sancionadora, su aplicación «encubre una auténtica sanción administrativa no prevista como tal en la ley, con contravención de los principios constitucionales mencionados, de obligada aplicación en el ámbito del Derecho administrativo y tributario sancionadores».

4. La Sección Cuarta de este Tribunal, mediante providencia de 16 de septiembre de 2003, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad y dar traslado de las actuaciones al Congreso de Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno de la Nación, 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. En la misma providencia se acordó publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado», lo que se produjo el 1 de octubre de 2003.

5. Con fecha 2 de octubre de 2003 tuvo entrada en este Tribunal escrito de la Presidenta del Congreso de los Diputados por el que traslada el acuerdo adoptado por la Mesa de la Cámara en el que se decide comunicar al Tribunal Constitucional que el Congreso de los Diputados no se personará en la presente cuestión de inconstitucionalidad ni formulará alegaciones, si bien pone a disposición del Tribunal las actuaciones de la Cámara que pueda precisar. El Presidente del Senado, por su parte, mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal en la misma fecha, pone en su conocimiento el acuerdo de la Mesa de la Cámara por el que se decide dar por personada a la Cámara en el procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC).

6. El 2 de octubre de 2003 el Abogado del Estado presentó ante este Tribunal escrito de alegaciones que concluye suplicando se dicte Sentencia desestimatoria de la cuestión.

El Abogado del Estado comienza su escrito advirtiendo que el Auto de planteamiento de la cuestión habría incurrido en una doble deficiencia de identificación. No habría

identificado, en primer lugar, el precepto cuestionado, toda vez que el art. 28 se cita indiferenciadamente, por más que sus dos apartados regulan distintos recargos: el de mora y el de apremio, respectivamente, siendo así que sólo el primero fue el aplicado por la Administración y discutido en el proceso. A ello se suma la falta de identificación de los preceptos constitucionales vulnerados, vicio en el que habría incurrido la providencia que abrió el trámite de previa audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal evacuado en aplicación del art. 35.2 LOTC —que habría quedado, por ello, irregularmente cumplido— y que se mantiene, a juicio del Abogado del Estado, en el Auto de planteamiento de la cuestión, toda vez que su argumentación se limita a significar la naturaleza sancionadora del recargo único cuestionado, «buscando afinidades con las sentencias anulatorias del recargo de demora aplicado a las deudas fiscales». Concluye, con todo, el Abogado del Estado que «a la relevancia de la ley cuestionada nada se debe objetar, puesto que el acto impugnado es aplicativo del art. 28 de la Ley general de la Seguridad Social», por más que lo pedido por la Mutua recurrente fuera la condonación del recargo y no su invalidez, ya que (a su juicio) «obviamente la validez del acto está condicionada por la legitimidad de la norma».

Entrando en el fondo, y advertido que la cuestión se plantea por referencia a los supuestos en los que este Tribunal ha anulado determinados recargos, el Abogado del Estado recuerda que en las SSTC 164/1995, FJ 3, y 276/2000, FJ 4, la caracterización constitucional de los recargos viene supeditada a la función que éstos desempeñan en el sistema tributario. Sentado lo anterior el escrito llama la atención sobre el hecho de que (según lo interpreta) el Auto de planteamiento de la cuestión infiera la inconstitucionalidad del recargo regulado en el art. 28 LGSS (frente al regulado en el art. 27) de su carácter de recargo único, no de la cuantía en sí, como llamaría a valorar la doctrina constitucional de referencia. Así planteada la cuestión considera el Abogado del Estado que no hay razones para calificar como sanción el recargo cuestionado más allá del dato meramente formal en el que repara el Auto de planteamiento, que considera, por otra parte, irrelevante. En su opinión se debe atender a la finalidad perseguida con el establecimiento del recargo, lo que supone, en el caso del recargo cuestionado, reconocer que las deudas impagadas sobre las que se impone son deudas referidas a una prestación individualizada que las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales deben materializar a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social en virtud de la responsabilidad por ellas asumida, prestación individualizada que no se corresponde, pues, con eventos dañosos futuros o inciertos, sino con daños ya producidos, de modo que la satisfacción al beneficiario no admite demora alguna. De ahí que el retraso en el pago genere un daño real y mensurable, «que por afectar a capitales de cierta cuantía viene a agravar más las situaciones de morosidad, injustificada en entidades que asumen unos riesgos calculados con estimaciones específicas». Razonamiento este que concluye el Abogado del Estado apelando al paralelismo entre este supuesto y los de establecimiento de cláusulas penales onerosas en los de retraso en el pago de sumas aseguradas, por más que en este caso sea la propia Ley la que, tratándose de relaciones de Derecho público, imponga una «cláusula penal que tienda a recomponer la situación y disuadir de retrasos que serían beneficiosos para las Mutualidades, si no se estableciera de antemano una corrección de sus efectos».

Concluye el Abogado del Estado rebatiendo los argumentos del Auto de planteamiento de la cuestión acerca del carácter desproporcionado del recargo, lo que haría dudar de su función disuasoria o de «estímulo positivo». Recuerda a este respecto que lo que se dilucida en el proceso *a quo* es, precisamente, la aplicación por la Tesorería General de la Seguridad Social de la facultad de condonación, siendo así que el hecho mismo de que se contemple esta facultad es «una previsión de moderación absolutamente acorde con la naturaleza disuasoria del recargo y en armonía con el hecho de consistir en una fracción proporcional de la deuda retrasada».

7. El Fiscal General del Estado formuló alegaciones mediante escrito registrado el 14 de octubre de 2003.

Llama en él, en primer lugar, la atención sobre el hecho de que en la cuestión no concurrirían todas las condiciones procesales para su admisión, particularmente en lo

referido al juicio de relevancia. Estima, en definitiva, que no se hace necesario que este Tribunal se pronuncie sobre la constitucionalidad del precepto cuestionado para resolver el proceso en el cual se suscitó la cuestión, dado que en él el objeto procesal no es otro que una resolución denegatoria de la condonación del recargo solicitada en virtud de lo dispuesto en el art. 59.3 del Reglamento general de recaudación de los recursos de la Seguridad Social, con lo que, «en el concreto supuesto que motiva el planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, resulta perfectamente posible la acomodación constitucional del art. 28 de la LGSS en su relación con el art. 59.3 del Reglamento a través de la vía interpretativa, impidiendo de ese modo la imposición de un desproporcionado recargo, cuya condonación es susceptible de lograrse mediante el uso del arbitrio judicial dirigido a modular los rigurosos efectos de una norma, sobre los que no obstante su propio desarrollo reglamentario permite la cesación».

Sin perjuicio de lo anterior el escrito del Fiscal General del Estado se pronuncia sucesivamente sobre el fondo de la cuestión planteada. Asumiendo como referente las SSTC 164/1995 y 276/2000 para determinar si el recargo en cuestión tiene o no carácter sancionador y, consecuentemente, si le son aplicables las «garantías materiales y procesales recogidas en los arts. 24 y 25.1 CE», se plantea la aplicación de un doble criterio para el escrutinio de los «rasgos externos» del recargo y de su función, descartando un criterio cuantitativo que, en su opinión, «resultaría profundamente injusto al fundamentarse en ponderación tan subjetiva e imprecisa como es la de determinar a partir de qué momento exacto se produce una sustancial incidencia patrimonial y, en consecuencia, pueda afirmarse sin dudas la naturaleza sancionatoria del recargo».

Atendiendo al primer criterio (el de los «rasgos externos» del recargo), afirma que la conducta que devenga el recargo en los términos del art. 28 LGSS constituye, en principio, un ilícito tipificado como infracción muy grave en el art. 21.2 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social. A ello se suma que la medida, en cuanto que consiste en la imposición del pago de una cantidad, incide negativamente en el patrimonio del obligado, traducándose, como las sanciones, en la restricción de un derecho, siendo así que para las sanciones muy graves la Ley 8/1988 establece en su art. 40.1 c), como límites mínimo y máximo de las correspondientes multas, los de 500.000 y 15 millones de pesetas, respectivamente, si bien para las sanciones impuestas en grado mínimo la cuantía no podrá exceder los 2 millones de pesetas.

Atendiendo al criterio de la finalidad perseguida entiende el Fiscal General del Estado que no puede afirmarse que el recargo cuestionado obedezca a la finalidad de procurar un mero estímulo positivo para favorecer el pago puntual, ya que (en aplicación de lo dispuesto en los tres primeros apartados del art. 90 del Reglamento de recaudación) el recargo pervivirá aun después de haberse producido el ingreso. De ello deduce «el evidente carácter sancionador» del recargo, «en cuanto no se busca sin más estimular el pago, sino retribuir o castigar un retraso en el pago y ello con independencia de que al tiempo de imponerlo haya sido ya efectivamente abonada la cantidad debida», a lo que suma el dato de que la cuantía del recargo aplicado supera incluso el grado mínimo de la sanción prevista en el art. 40.1 c) de la Ley 8/1988, de manera que la aplicación de la medida del recargo «no supone otorgar al infractor un trato muy distinto del que le correspondería si se aplicaran las medidas previstas» en esta última Ley. Resultaría así infringido el art. 24.2 de la Constitución, al imponerse, por la vía del art. 28 de la LGSS, una sanción sin las garantías procesales consagradas en aquel precepto. Conclusión ésta que no se puede extender, a su juicio, en relación con la alegada vulneración del art. 25.1 de la Constitución, en conexión con el 9.3, porque, amén de carecer en el Auto de planteamiento de un «mínimo desarrollo argumental», dicha alegación no evidencia base alguna, toda vez que el recargo se impone precisamente en la norma con rango de Ley cuestionada, en la que se especifican suficientemente tipo y sanción.

A partir de los argumentos que preceden concluye interesando que se dicte Sentencia de inadmisión de la presente cuestión por considerar defectuosamente cumplido el requisito del juicio de relevancia, o, subsidiariamente, Sentencia estimatoria por estimar que el precepto cuestionado es contrario al art. 24.2 de la Constitución.

8. Mediante providencia de 24 de marzo de 2009 el Pleno acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1 c) LOTC en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, deferir a la Sala Segunda, a la que por turno objetivo le ha correspondido, el conocimiento de la presente cuestión.

9. Con fecha 25 de noviembre de 2010 se dictó providencia por la que se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 29 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes de esta resolución la presente cuestión de inconstitucionalidad ha sido promovida por el titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Tarragona respecto del art. 28 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Entiende el proponente que el precepto cuestionado podría resultar vulnerador de los arts. 24 y 25.1 en relación con el art. 9.3 de la Constitución por cuanto contemplaría una «sanción encubierta» en forma de recargo único impuesto sobre las deudas con la Seguridad Social distintas de las cuotas que fueran ingresadas fuera de plazo. Este planteamiento es rechazado por el Abogado del Estado, que pide la desestimación de la cuestión, mientras que el Fiscal General del Estado solicita su inadmisión, por resultar defectuosamente cumplido el juicio de relevancia, o, subsidiariamente, su estimación, por entender que el precepto cuestionado incurre en vulneración del art. 24.2 de la Constitución.

2. La resolución de la presente cuestión requiere hacer una precisión previa sobre su objeto, toda vez que el Auto por el que se plantea identifica el precepto contra el que se dirige, tanto en su parte dispositiva como en sus razonamientos jurídicos, con «el artículo 28 de la Ley General de la Seguridad Social», sin ofrecer mayor precisión sobre cuál de sus dos apartados sea el cuestionado, siendo así que, como pone de manifiesto el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones, ambos apartados se refieren a recargos diferentes (de mora el primero y de apremio el segundo) y sólo el primero de ellos fue el aplicado a la entidad recurrente en la resolución que dio origen a la solicitud de condonación cuya denegación fue recurrida en el proceso *a quo*.

En estos términos, y atendiendo a las exigencias del juicio de relevancia (asumido por el momento desde un plano meramente formal, sin perjuicio de lo que diremos en un fundamento sucesivo sobre el cumplimiento de dicho requisito en el concreto supuesto sometido a nuestro enjuiciamiento), hemos de concluir que la cuestión planteada queda ceñida al primer apartado del art. 28 LGSS, que, en la redacción aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, establecía lo siguiente: «1. Las deudas con la Seguridad Social que tengan el carácter de ingresos de derecho público y cuyo objeto esté constituido por recursos distintos a las cuotas, recargos o, en su caso, intereses sobre unas y otros, se incrementarán con un recargo de mora del 20 por 100 cuando se paguen fuera del plazo reglamentario que tengan establecido». Siendo ésta la redacción del precepto vigente en el momento de dictarse la resolución objeto del proceso *a quo*, de cuya validez dependerá la decisión a adoptar en éste, no resultan relevantes sus modificaciones posteriores (incluso sustanciales), de conformidad con nuestra reiterada doctrina acerca de los efectos que sobre las cuestiones de inconstitucionalidad tiene la modificación o derogación de los preceptos cuestionados (por todas, SSTC 179/2006, de 13 de junio, FJ 2, y 14/2007, de 18 de enero, FJ 1).

3. Antes de hacer pronunciamiento alguno sobre el fondo de la cuestión planteada cumple, en efecto, pronunciarse sobre ciertos óbices procesales apuntados por el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado, óbices que, de hecho, para éste último determinan la petición de inadmisión de la presente cuestión.

Tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes de la presente resolución el Abogado del Estado ha puesto de manifiesto que el trámite de audiencia a las partes exigido por el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) habría sido

cumplido de forma defectuosa, por cuanto la providencia dictada a tal efecto no habría identificado los preceptos constitucionales vulnerados. Este vicio se mantendría, a su juicio, en el sucesivo Auto de planteamiento de la cuestión, si bien no pone en duda que se cumpla *materialmente* con el juicio de relevancia, puesto que en, su opinión, el acto impugnado (por más que se refiera a la condonación del recargo y no al recargo mismo, solicitando su invalidez) es aplicativo del precepto cuestionado, por cuanto «obviamente la validez del acto está condicionada por la legitimidad de la norma». Este extremo (el de que el objeto del proceso *a quo* sea la resolución que denegó la condonación del recargo, y no la resolución misma por la que se impuso) es, sin embargo, determinante para el Fiscal General del Estado, ya que, a su juicio, en ese concreto contexto procesal el Juzgado promotor podría «a través de la vía interpretativa» lograr «la acomodación constitucional del art. 28 de la LGSS en su relación con el art. 59.3 del Reglamento ... impidiendo de ese modo la imposición de un desproporcionado recargo», con lo que se incumpliría el juicio de relevancia.

4. Es preciso, en primer lugar, descartar que los defectos que, como el Abogado del Estado señala, se produjeron, efectivamente, en el trámite de audiencia a las partes exigido por el art. 35.2 LOTC sean determinantes de la inadmisión de la presente cuestión. Bien es verdad que, como hemos recordado recientemente en el ATC 124/2009, de 28 de abril (FJ 2), con cita expresa del ATC 33/2009, de 27 de enero (FJ 2) y de la STC 140/2008, de 28 de octubre (FJ 2), «la importancia de la audiencia del art. 35.2 LOTC no puede minimizarse reduciéndola a un simple trámite carente de más trascendencia que la de su obligatoria concesión, cualesquiera que sean los términos en que ésta se acuerde, resultando inexcusable, por el contrario, que en él se identifiquen con precisión tanto los preceptos legales sobre cuya constitucionalidad se albergan dudas como las normas de la Constitución que se consideren vulneradas». Resulta, sin embargo, que respecto de este último extremo (la exigencia de especificación de los preceptos constitucionales de contraste) hemos introducido ciertos márgenes de flexibilidad al reconocer que «a falta de una cita concreta de los preceptos constitucionales supuestamente vulnerados [la providencia que cumpla con el trámite del 35.2 LOTC] ha de identificar mínimamente la duda de constitucionalidad ... ante quienes han de ser oídos para que sobre la misma puedan versar las alegaciones, exigiendo en todo caso tal indeterminación relativa que las partes hayan podido conocer el planteamiento de la inconstitucionalidad realizado por el órgano judicial y, atendiendo a las circunstancias del caso, situarlo en sus exactos términos constitucionales y pronunciarse sobre él» (STC 166/2007, de 4 de julio, FJ 6).

Como se puede comprobar en el antecedente segundo de esta resolución, en el que ha quedado transcrita, en su literalidad, la providencia por la que se dio cumplimiento al trámite del art. 35.2 LOTC, en ella no se identifican específicamente los preceptos constitucionales supuestamente vulnerados por el art. 28.1 LGSS, pero sí se invoca expresamente «la doctrina que establece el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 276/2000 (BOE 14-XI-2000) y en la núm. 23/2001 (BOE 1-III-2001) y otras precedentes», referencia ésta que bastó a las partes para reconocer perfectamente, siquiera sea (como significa el Fiscal General del Estado) «de manera implícita», que los artículos supuestamente vulnerados eran «los artículos 24, 25.1 y 9.3 de la Constitución». La Mutua de Trabajo recurrente afirmó expresamente la incompatibilidad del precepto cuestionado con los arts. 24 y 25 de la Constitución, mientras que la Tesorería General de la Seguridad Social se opuso al planteamiento de la cuestión por considerar que el precepto no establece una sanción, sino un recargo, de modo que, por más que no se especificaron en la providencia los preceptos constitucionales de contraste, la referencia expresa a las Sentencias de este Tribunal Constitucional que, a juicio del órgano judicial proponente serían relevantes al caso vino a suplir ese defecto, permitiendo que el trámite de audiencia contemplado en el art. 35.2 LOTC cumpliera de su finalidad, identificada últimamente en el ya citado ATC 33/2009, de 13 de febrero (FJ 2), con cita expresa de los AATC 47/2004, de 10 de febrero, y 202/2007, de 27 de marzo, no sólo con el aseguramiento de la intervención de las partes en el proceso *a quo* y del Ministerio Fiscal «con carácter previo a la posible adopción de una decisión judicial de tanta entidad como es la apertura de un proceso

constitucional», sino también con la puesta a disposición del órgano judicial de «un medio que le permita conocer, con rigor, la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso».

5. Si los defectos detectados en el trámite de audiencia no son determinantes de la inadmisión de la cuestión, tampoco conduce a tal conclusión la constatación de ciertas incoherencias en el Auto por el que se plantea, quedando, en todo caso, descartado que incurra en los defectos formales que le imputa el Abogado del Estado. Un simple repaso del texto del Auto de planteamiento de la cuestión que nos ocupa permite, en efecto, descartar que (como afirma, sin extraer de ello mayores consecuencias, el Abogado del Estado) haya omitido especificar los preceptos constitucionales supuestamente vulnerados. Si bien el Auto no destaca por su claridad, basta con dirigirse a su parte dispositiva para comprobar que en ella (además de en otras partes de la resolución) se ha hecho expresa mención a los arts. 24 y 25.1, en relación con el 9.3, de la Constitución como preceptos supuestamente vulnerados por el art. 28 LGSS.

No mayor alcance tienen las dudas planteadas acerca del cumplimiento del requisito del juicio de relevancia por el Fiscal General del Estado, para quien, teniendo en cuenta que el objeto procesal con el que se enfrenta el Juzgado *a quo* es la resolución que denegó la condonación del recargo, y no la resolución misma por la que se impuso, el órgano judicial podría, por vía interpretativa, lograr «la acomodación constitucional del art. 28 de la LGSS en su relación con el art. 59.3 del Reglamento» sin necesidad de plantear la cuestión, «impidiendo de ese modo la imposición de un desproporcionado recargo». Es éste un razonamiento que, sin embargo, no desvirtúa la concurrencia del requisito que nos ocupa, ya que (aparte de que supone adelantar la consideración que sobre el fondo del asunto expresa sucesivamente el Fiscal General del Estado y en función de la cual solicita, subsidiariamente, la estimación de la cuestión, por considerar que el recargo cuestionado tiene, en efecto, naturaleza sancionadora) no niega, sino que confirma, la aplicabilidad al caso del precepto cuestionado.

Obsérvese que lo que el Fiscal General del Estado pretende es que, en la revisión judicial de la resolución de la Tesorería de la Seguridad Social que denegó la solicitud presentada por la Mutua recurrente para lograr la condonación del recargo impuesto en aplicación del art. 28.1 LGSS, se reduzca el monto del recargo definitivamente exigido, lo que bastaría, en su opinión, para descartar que el recargo resultara *inconstitucional por desproporcionado*. De modo que de su propio razonamiento se desprende la confirmación de que en el caso concurre (como, por otra parte, afirma taxativamente el Abogado del Estado) el juicio de relevancia, ya que no cabe duda de que, por más que el acto recurrido sea la resolución denegatoria de la condonación y no la que impuso el recargo, la misma solicitud de condonación tiene como presupuesto la imposición de un recargo contemplado en el precepto cuestionado, de modo que el resultado del proceso *a quo* está radicalmente condicionado por lo que este Tribunal resuelva acerca de las dudas de constitucionalidad vertidas sobre el precepto en el que se basó, primero, la resolución que impuso el recargo, y, posteriormente, la que denegó su condonación: de hecho, tal y como significamos expresamente en el antecedente segundo de esta resolución, la Tesorería General de la Seguridad Social, al desestimar la solicitud de condonación, afirma que el importe correspondiente al recargo «viene fijado en el art. 28.1 de la Ley General de la Seguridad Social». En definitiva, de declararse inconstitucional el precepto que impone el recargo faltaría el presupuesto mismo en el que la Tesorería General de la Seguridad Social sustentó la denegación de la condonación: la legitimidad de la imposición original del recargo.

Confirmado, pues, que en la presente cuestión no concurre ninguno de los óbices procesales denunciados por las partes personadas, debemos pasar a valorar la consistencia de las dudas de constitucionalidad planteadas respecto del art. 28.1 del texto refundido de la LGSS aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

6. El precepto cuestionado prescribe, en sus términos literales, que «las deudas con la Seguridad Social que tengan el carácter de ingresos de derecho público y cuyo objeto

esté constituido por recursos distintos a las cuotas, recargos o, en su caso, intereses sobre unas y otros, se incrementarán con un recargo de mora del 20 por 100 cuando se paguen fuera del plazo reglamentario que tengan establecido». En la consideración del órgano judicial promotor de la cuestión este precepto, en la medida en que impone un recargo único del 20 por 100 en los casos de retraso en el pago de determinadas deudas con la Seguridad Social, estaría contemplando una sanción encubierta que, como tal, resultaría lesiva de los derechos garantizados en los arts. 24 y 25.1, en conexión con el 9.3, de la Constitución, conclusión que apoya en la doctrina sentada por este Tribunal, particularmente en las SSTC 164/1995, de 13 de noviembre, y 276/2000, de 16 de noviembre. En este planteamiento viene a coincidir el Fiscal General del Estado, en lo que hace a la alegada vulneración del art. 24.2 (y no del 25.1) de la Constitución en consideración a los «rasgos externos» del recargo y a su función, mientras que el Abogado del Estado descarta que se haya producido vulneración alguna de los preceptos invocados en la medida en que, a la vista de la naturaleza peculiar de la deuda sobre la que se aplica el recargo, éste vendría, propiamente, a equipararse a una cláusula penal onerosa impuesta por la Ley para, en último término, disuadir de los retrasos en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las Mutuas.

No deja de sorprender que el órgano judicial promotor de la cuestión pretenda acogerse a las citadas Sentencias para justificar que el precepto cuestionado vulnera los preceptos constitucionales de contraste por él identificados. Mientras que en la STC 164/1995 rechazamos que el art. 61.2 de la Ley general tributaria, en la redacción derivada de la disposición adicional trigésimo primera de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, vulnerara los arts. 24, 25, 14 y 31 de la Constitución al imponer un interés de demora cuantificado en un mínimo del 10 por 100, por los ingresos tributarios realizados fuera de plazo, en la STC 276/2000 se estimó que el inciso primero del mismo artículo, según la redacción dada por la disposición adicional decimocuarta apartado 2 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, resultaba vulnerador del art. 24 de la Constitución, pero no del 25.1, al establecer un recargo único del 50 por 100 para los ingresos correspondientes a declaraciones, liquidaciones o autoliquidaciones realizadas fuera de plazo sin requerimiento previo; doctrina que ha sido reiterada en varias Sentencias dictadas en diferentes recursos de amparo (SSTC 307/2000 y 312/2000, de 18 de diciembre; 23/2001, 25/2001, 26/2001, las tres de 29 de enero; 93/2001, de 2 de abril, y 127/2002, de 23 de mayo). Resulta, con todo, evidente que, a falta de un desarrollo argumentativo más depurado en el Auto de planteamiento de la cuestión que nos ocupa, el órgano judicial promotor duda de la constitucionalidad del precepto cuestionado por entender que, bajo los parámetros establecidos en las citadas Sentencias, el recargo que contempla «encubre una auténtica sanción administrativa no prevista como tal en la ley», particularmente en cuanto su condición de «recargo único» resulta ajena a todo principio de proporcionalidad.

Son dos, en definitiva, los argumentos en los que basa el órgano judicial cuestionante sus dudas de constitucionalidad, argumentos íntimamente vinculados: el del carácter *materialmente* sancionador del recargo y el de su desproporción, asumiendo como premisa su carácter sancionador. Argumentos ambos que, a la vista de la generalidad con la que se formula el precepto recurrido y por respeto al juicio de relevancia, no se pueden desligar del supuesto concreto que da ocasión al planteamiento de la cuestión, es decir, la imposición a una concreta Mutua de Accidentes de Trabajo del recargo del 20 por 100 por haber ingresado la aportación que le correspondía al capital coste de la pensión de incapacidad permanente total de un concreto trabajador con siete días de retraso sobre un plazo fijado en quince días, tal y como precisa la propia resolución de denegación de la condonación del recargo que es objeto del proceso *a quo*, incorporada a las actuaciones.

7. Así planteada la cuestión debemos analizar, en primer lugar, si el recargo cuestionado tiene, efectivamente, carácter sancionador a la luz de la doctrina constitucional citada en el Auto de planteamiento de la cuestión. Esta doctrina, tal y como hace notar, sistematizando la doctrina anterior, la STC 276/2000, FJ 3, después de recordar la «improcedencia de extender indebidamente la idea de sanción con la finalidad de obtener

la aplicación de las garantías constitucionalmente propias de este campo a medidas que no responden al ejercicio del *ius puniendi* del Estado o no tienen una verdadera naturaleza de castigos», se concentra en analizar «la función que a través de la imposición de la medida restrictiva en la que el acto consiste pretende conseguirse (SSTC 239/1988, FJ 3; 164/1995, FJ 4; ATC 323/1996, FJ 2)», de modo que, «en concreto, si halláramos en el instituto de referencia la presencia de la ‘finalidad represiva, retributiva o de castigo’ que hemos venido destacando como específica de las sanciones (SSTC 239/1988, FJ 2; 164/1995, FJ 4), habrá que concluir que el recargo tiene sentido sancionador; si, por el contrario, la medida desfavorable careciese de tal función represiva no estaríamos en el ámbito punitivo y, por ende, habría que descartar la aplicación de los arts. 24.2 y 25 CE».

La proyección de esta doctrina, dictada en relación con recargos tributarios, sobre el precepto cuestionado en el seno del proceso *a quo* obliga a destacar, una vez más, que el recargo aplicado en el supuesto objeto de aquel proceso se impuso por el retraso en el ingreso por parte de una Mutua de Accidentes de Trabajo de la aportación que le correspondía al capital coste de la pensión de incapacidad permanente total de un concreto trabajador. Nos encontramos, pues, en un supuesto de retraso en el ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social de un peculiar recurso de los que corresponde ingresar a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, distinto a las aportaciones para el sostenimiento de los Servicios comunes y sociales de la Seguridad Social a los que se refería el apartado 1 c) del art. 4 del Reglamento general de recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social, en su versión vigente en el momento de planteamiento de la presente cuestión. Se trata de los «capitales coste de renta» mencionados en el art. 4.1 d) del mismo Reglamento, que (como bien advierte el Abogado del Estado) se corresponden con deudas referidas a una prestación individualizada que las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en virtud de la responsabilidad asumida en aplicación del art. 201.1 LGSS, deben materializar a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social en función de daños, no hipotéticos, sino ya efectivos desde el momento en que el trabajador incurre en situación de incapacidad.

En los términos del art. 89.1 del Reglamento general de recaudación, en la redacción vigente en el momento de plantearse la presente cuestión, la Tesorería General de la Seguridad Social recaudará de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales declaradas responsables de prestaciones por resolución de las entidades gestoras el valor actual del capital coste de las pensiones o el importe de las demás prestaciones que se causen por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en el porcentaje de riesgos asumidos por las mismas, así como los intereses de capitalización hasta el día en que se efectúe el ingreso del capital y los recargos que procedan. El artículo 90, apartado 1, del mismo Reglamento, fija en quince días el plazo de ingreso de los capitales coste de pensiones a cargo de las Mutuas, plazo computado desde el día siguiente a aquél en el cual la Tesorería les notifique su importe mediante la correspondiente reclamación de deuda. Si las Mutuas incumplen la obligación de ingresar en dicho plazo los capitales coste de renta la deuda se incrementará con el recargo cuestionado, sin mediar previo requerimiento de la Tesorería.

Resulta, así, que el retraso por las Mutuas en el pago de las aportaciones por ellas asumidas para hacer frente a prestaciones individualizadas ya devengadas a favor de los afiliados incurso en la contingencia de que se trate genera a la Tesorería General de la Seguridad Social un daño real y cuantificado, de lo que cabe deducir que en la imposición en estos casos, por aplicación del art. 28.1 LGSS, de un recargo por retraso en el pago no existe finalidad represiva alguna, sino la meramente resarcitoria y, en último término, disuasoria del incumplimiento de una obligación concreta asumida frente a la Tesorería General de la Seguridad Social. Como en el caso enjuiciado por la STC 164/1995, FJ 4, el recargo ahora cuestionado «no tiene un verdadero sentido sancionatorio porque carece de la finalidad represiva, retributiva o de castigo que, en lo que ahora importa, ha destacado este Tribunal como específica de las sanciones en la STC 239/1988»; en suma, «la funcionalidad del recargo (como la de la cláusula penal en la contratación privada o en la contratación administrativa) no es la de una sanción en sentido propio, pues no supone un

castigo por la realización de una conducta ilícita administrativamente, sino un estímulo para el cumplimiento de las obligaciones tributarias o, lo que es lo mismo, una disuasión del incumplimiento Y al propio tiempo ... opera estimulando un pago que, aunque es tardío, se trata de adelantar en el tiempo para que se produzca antes del requerimiento. Es decir, el recargo estimula negativamente el pago puntual ante la amenaza de que, en caso de inobservancia del plazo, la deuda se incrementa».

Esta conclusión no puede ser desvirtuada por la apelación hecha por el Fiscal General del Estado a los «rasgos externos» del recargo, que basa en la consideración de que el mismo constituiría un ilícito tipificado como infracción muy grave en el art. 21.2 de la Ley 8/1988 sobre infracciones y sanciones en el orden social, siendo así que la cuantía del recargo impuesto en el caso enjuiciado en el proceso *a quo* excedería incluso de la cuantía del grado mínimo de la sanción aplicable en función del art. 40.1 c) de la misma Ley. Y ello por la sencilla razón de que, tal y como tuvo ocasión de destacar la Tesorería General de la Seguridad Social en el trámite de audiencia previo al planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, en contestación a un argumento al respecto de la Mutua demandante (tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes de esta resolución), el supuesto de no ingreso en plazo de la aportación correspondiente a una Mutua por el capital coste de la pensión de incapacidad permanente total de un concreto trabajador no encaja en el supuesto tipificado como infracción muy grave en el precepto de referencia (sucesivamente integrado como art. 29.2 del texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones del orden social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto): el precepto tipificador se refiere a la conducta de «no contribuir en la medida en que proceda al sostenimiento económico de los servicios comunes de la Seguridad Social», si bien el capital coste se identifica por el art. 4.1 d) del entonces vigente Reglamento general de recaudación como un recurso distinto a las «aportaciones para el sostenimiento de los Servicios Comunes y Sociales de la Seguridad Social», mencionados en el apartado 1 c) del mismo artículo, tal y como ya hemos tenido ocasión de aclarar previamente.

En definitiva, el recargo por mora cuestionado carece de naturaleza sancionadora, ya que responde más propiamente a la naturaleza de compensación financiera, cuya función es tanto reparadora o indemnizatoria para la Tesorería General de la Seguridad Social como preventiva o disuasoria del posible retraso en el pago por parte de la Mutua responsable de las aportaciones a las que se hubiera obligado en relación con el capital coste de las prestaciones derivadas de las contingencias en que incurran sus afiliados.

8. Una vez ha quedado descartado que en el recargo regulado por el precepto cuestionado concurre naturaleza sancionadora, nada habría que ponderar ya acerca de la supuesta vulneración del principio de proporcionalidad en materia sancionadora que derivaría de su carácter de recargo único, argumento éste que el Auto de planteamiento ofrece, una vez más, de forma imprecisa. Cumple advertir, en todo caso, que de lo expuesto en el fundamento jurídico anterior se desprende que se salvaguarda la proporcionalidad entre el fin público perseguido (el puntual cumplimiento por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de sus obligaciones de colaboración) y los medios utilizados al efecto (la imposición del recargo cuestionado), y ello sin perjuicio de la previsión de su posible condonación, total o parcial, en el art. 59.3 del Reglamento general de recaudación en la redacción vigente al tiempo de plantearse la presente cuestión de inconstitucionalidad, que da, precisamente, cobertura al acto que es objeto del proceso *a quo*. A través de esta facultad de condonación (tal y como apuntan el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado) se hace posible atenuar los rigores del recargo siempre y «cuando concurren circunstancias excepcionales que justifiquen razonablemente el retraso en el ingreso de los recursos correspondientes y se trate de sujetos obligados que viniesen ingresando sus deudas con regularidad», conforme a los términos literales del citado precepto reglamentario.

De todo lo cual se deduce que la presente cuestión de inconstitucionalidad debe ser desestimada.

FALLO

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

Ha decidido

Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad 3988-2001, promovida por el titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Tarragona respecto del art. 28.1 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

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

Dada en Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil diez.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.