

Tribunal Constitucional  
SENTENCIA Num. 71/1998  
Fecha: 30/3/1998  
Ponente: D. Julio Diego González Campos  
Recurso tipo: Recurso de Amparo.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta n José Gabaldón López, Presidente; don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Carles Viver Pi-Sunyer y don Tomás S. Vives Antón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2919/1995, interpuesto por la mercantil «Unión de Operadores Reunidos, SA», representada por el Procurador de los Tribunales don Antonio García Martínez y bajo la dirección del Letrado don Enrique Segú Villuendas, frente al Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 20 de junio de 1995 por el que se declaró la inadmisión a trámite del recurso de casación núm. 6368/1993, que tuvo por objeto la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 24 de septiembre de 1993 relativa al recurso contencioso-administrativo núm. 8214/1992, referente a trescientas ochenta y cinco autoliquidaciones tributarias practicadas en concepto de gravamen complementario de la tasa fiscal sobre el juego para el ejercicio de 1990, asimismo objeto del recurso. Han sido parte el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, y la Junta de Galicia. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y ha sido Ponente el Magistrado don Julio Diego González Campos, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. ANTECEDENTES

1. Por medio de escrito que tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 31 de julio de 1995, el Procurador de los Tribunales don Antonio García Martínez, en representación de la mercantil «Unión de Operadores Reunidos, SA», interpuso el recurso de amparo del que se ha hecho mérito en el encabezamiento.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes hechos, brevemente expuestos:

A) La sociedad mercantil recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo contra Resoluciones, tanto de la Junta de Galicia como del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia, por las que se confirmaron todas y cada una de las trescientas ochenta y cinco autoliquidaciones presentadas en concepto del gravamen complementario de la tasa fiscal sobre el juego establecido en el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio ( RCL 1990\1337 y 1628), sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria. El recurso se fundamentaba, en esencia, en que el mencionado precepto legal infringía los arts. 9.3, 14 y 31 CE ( RCL 1978\2836 y ApNDL 2875). Tal gravamen venía a elevar la cuantía de la

tasa por máquina recreativa tipo «B» en 233.250 pesetas, por lo que el total adicional adeudado a Hacienda ascendía a 89.801.250 pesetas.

B) El recurso fue desestimado en la Sentencia que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó el 24 de septiembre de 1993.

C) La sociedad solicitante de amparo preparó e interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, siendo declarado inadmisibile en el Auto que la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictó el 20 de junio de 1995. La fundamentación de esta decisión fue del siguiente tenor:

«Es de advertir en primer término que la pretensión inicial de la parte recurrente consiste en definitiva en lograr la anulación de las autoliquidaciones practicadas por el gravamen complementario de la tasa fiscal sobre el juego -año 1990- cuestionando la constitucionalidad de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria.

En esta situación no puede invocarse como aplicable para ejercitar válidamente la acción casacional el art. 39.2 y 4 de la Ley Jurisdiccional ( RCL 1956\1890 y NDL 18435), que limita su contenido a las disposiciones de carácter general dictadas por la Administración del Estado (art. 39.1) entre otras, todas excluyentes de aquellas normas con rango de ley y por tanto inatacables en el área jurisdiccional y sólo susceptibles de un planteamiento sobre su inconstitucionalidad reservado a los Tribunales que solamente utilizarán esta vía excepcional cuando consideren que concurren las condiciones señaladas en el art. 35 LOTC 2/1979, de 3 de octubre ( RCL 1979\2383 y ApNDL 13575).

Por otra parte el art. 5.4 LOPJ, de 1 de julio ( RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375), sólo dice que en todos los casos en que proceda según la Ley recurso de casación será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional, precisión que arguye la necesidad de remitirse para fundamentar la infracción del precepto constitucional de que se trate, a la ley específica que marca el régimen de admisibilidad del recurso de casación y concretamente en este caso al art. 93.2, b) de la Ley Jurisdiccional en orden a la limitación de la cuantía, particular sobre el que la jurisprudencia es constante al señalar que cada autoliquidación funciona procesalmente con independencia de las demás, sin que se comunique en este caso a las de cuantía inferior la posibilidad de recurrir».

D) En la misma Sala Tercera del Tribunal Supremo se encontraban por entonces pendientes de resolución al menos otros cuatro recursos de casación -los núms. 3/470/1994, 3/4889/1994, 3/5840/1994 y 3/8020/1994-, en los que resultaba Ponente el mismo Magistrado que lo fuera en el auto recurrido, sobre cuya admisibilidad aún no se había adoptado decisión alguna por el Alto Tribunal y cuya tramitación se encontraba en suspenso hasta tanto este Tribunal Constitucional se pronunciara sobre varias cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre el art. 38.2 de la Ley 5/1990 (providencias de 21 de diciembre de 1993 y 27 de septiembre de 1994, relativas a las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 3563, 3564 y 3565/1993 [ RTC 1996\173], y 2977, 3057 y 3058/1994 [ RTC 1997\91], respectivamente).

3. Se fundamenta la demanda de amparo en sendas infracciones de derechos fundamentales, una referida al Auto del Tribunal Supremo y la otra a las autoliquidaciones en su momento impugnadas:

A) Por lo que se refiere al Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, razona la sociedad demandante que en esta resolución judicial se ha infringido el principio de igualdad en aplicación judicial de la Ley (art. 14 CE), causándole indefensión (art. 24.1 CE). El fundamento de esta afirmación se encuentra en que, en casos idénticos, la misma Sala y Sección, y actuando como Ponente el mismo Magistrado, admitió a trámite los recursos de casación núms. 3/470/1994, 3/4889/1994, 3/5840/1994 y 3/8020/1994, sin que se motivara el cambio de criterio, y todo ello con cita de la doctrina constitucional que estima de aplicación al caso.

B) Por lo que se refiere a las autoliquidaciones por el gravamen de la Tasa Fiscal sobre el Juego, se les imputa la infracción del principio de igualdad ante la Ley (art. 14 CE) en relación con el de capacidad económica (art. 31.1 CE), por las siguientes razones: 1.ª Por desconocer

los principios de generalidad, capacidad económica e igualdad tributaria a los que está sometido todo tributo, lo que en sí mismo significaría la infracción del principio de igualdad. 2.<sup>a</sup> Por someter a un trato discriminatorio a las empresas que se dedican a la explotación de máquinas recreativas con respecto a otros sectores empresariales, sin que exista un fin constitucionalmente protegible que lo justifique y sin que frente a ello pueda aducirse la imposibilidad de determinar los rendimientos reales obtenidos por las empresas del sector, al no ser esto cierto. Tampoco podría justificarse este trato en su condición de tasa, por cuanto con ello se incumpliría el principio de equivalencia. Por lo demás, no cabe olvidar que, más que una tasa, se trata de una exacción similar a un impuesto. Así lo han reconocido tanto el Tribunal Constitucional (STC 296/1994 [ RTC 1994\296]) como el Tribunal Supremo en numerosas sentencias. Además, tal conclusión se deduce de la propia legislación y del hecho cierto de que las Comunidades Autónomas imponen recargos, siendo así que el art. 157 CE sólo admite recargos autonómicos sobre impuestos estatales. 3.<sup>a</sup> Porque dentro de la propia tasa se acusan enormes diferencias de trato: a otras actividades dentro del sector del juego se les aplica un porcentaje sobre los rendimientos obtenidos, mientras que a los titulares de máquinas recreativas se les impone una cuota fija desmesurada, determinada conforme a criterios desconocidos, deliberadamente ajenos a la capacidad económica real de cada empresa. 4.<sup>a</sup> Porque la tasa y el gravamen complementario resultarían igualmente discriminatorios entre las mismas unidades que constituyen el objeto de la imposición, ya que la explotación de máquinas recreativas genera muy diversos rendimientos, en función de una serie de parámetros: Tipo de población, zona dentro de la misma, clase de establecimiento y, dentro de éste, superficie, categoría, etc. Ello supondría la existencia de capacidades económicas distintas que no se tienen en consideración, con lo cual la carga tributaria se distribuye de un modo desigual entre las mismas empresas del sector. 5.<sup>a</sup> Porque implica un trato desigual entre las empresas dedicadas a la explotación de máquinas del tipo «B» que hayan iniciado en distinta fecha su actividad: Es posible que alguna empresa societaria o empresario individual haya obtenido el permiso para operar en el sector ya avanzado el año y que, llegado el 30 de junio, se encuentre con que, sin haber explotado su inmovilizado desde primeros de año, haya de pagar retroactivamente un gravamen complementario igual al que se verá obligado a satisfacer su competidora, quien ya estaba presente en el mercado al comenzar el año.

Concluye la demanda con la solicitud de que, otorgando el amparo interesado, se dicte sentencia declarando el derecho de la sociedad recurrente a la tutela judicial efectiva y a la igualdad y, anulando el impugnado Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, se ordene la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su pronunciamiento. Subsidiariamente, y de no ser atendido el anterior pedimento, se acuerde admitir a trámite el presente recurso, para acto seguido acordar su suspensión hasta que sean resueltas las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 3563/1993, 3564/1993 y 3565/1993, a los fines de evitar que el fallo que en su día recaiga no pueda surtir efectos en el caso aquí planteado por haberse agotado la vía jurisdiccional promovida y ser por ende firme el acto impugnado, tal y como ha ocurrido en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, entre otros en asuntos referentes a la impugnación promovida contra el IRPF y las Cámaras de Comercio. Con carácter asimismo subsidiario, y para el caso de que sea desestimada la pretensión anterior, atendiendo a razones de economía procesal se acuerde resolver sobre el fondo del asunto, declarando como no ajustadas a Derecho las trescientas ochenta y cinco autoliquidaciones recurridas correspondientes al gravamen complementario del año 1990, por infringir el art. 38.2 de la Ley 5/1990 el art. 14 CE, ordenando su rectificación y la devolución de las cantidades ingresadas en virtud de las mismas, cuyo importe global asciende a 89.801.250 pesetas.

4. Por providencia de la Sección Cuarta de 13 de noviembre de 1995 se acordó, bajo apercibimiento de archivo, conceder a la recurrente plazo de diez días para que aportara copia de las resoluciones recurridas y de los escritos de preparación de los recursos de casación núms. 3/470/1994, 3/4889/1994, 3/5840/1994 y 3/8020/1994, debiendo asimismo acreditar si la Sala Tercera del Tribunal Supremo se había ya pronunciado sobre la admisión a trámite de los mismos. Por nuevo proveído de 30 de noviembre ulterior, tras incorporar a las actuaciones la documentación por entonces aportada, se acordó otorgar a la recurrente nuevo plazo de diez días para que se diera exacto cumplimiento al anterior requerimiento, bajo apercibimiento de archivo.

5. La Sección Cuarta del Tribunal mediante providencia de 20 de marzo de 1996, acordó admitir a trámite la demanda, así como, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir de los órganos judiciales a quo la remisión de testimonio de las actuaciones, previo emplazamiento de quienes, con exclusión de la recurrente, hubieren sido parte en el proceso.

6. En idéntica fecha se acordó la apertura de pieza separada de suspensión, concediendo a la recurrente Fiscal y Abogado del Estado plazo común de tres días para que alegaran lo que estimasen pertinente sobre la misma. Tras recibirse las alegaciones de estas dos últimas partes, y transcurrido el plazo sin que la recurrente formulara las suyas, el Auto de la Sala Segunda de 15 de abril de 1996 ( RTC 1996\92 AUTO) dio por concluido el incidente sin que hubiera lugar a otorgar la suspensión.

7. Por nueva providencia de 1 de julio de 1996, la Sección Tercera del Tribunal acordó tener por personado y parte en el proceso, a su solicitud, a la Junta de Galicia, por medio del Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén, así como al Abogado del Estado. En ese mismo proveído se acordó dar a las partes personadas y al Fiscal plazo común de veinte días, a fin de que presentaran cuantas alegaciones estimasen pertinentes en orden a la concesión o no del amparo demandado.

8. El 29 de julio siguiente fueron presentadas en este Tribunal las nuevas alegaciones de la recurrente. En ellas, y en cuanto al reproche de trato discriminatorio que se imputa al auto de inadmisión a trámite del recurso de casación, se argumenta que en los cuatro supuestos aportados como término de comparación (recursos de casación núms. 3/470/1994, 3/4889/1994, 3/5840/1994 y 3/8020/1994), la misma Sala y Sección y el mismo Ponente del Tribunal Supremo no llegaron a decidir sobre la admisibilidad o no a trámite de recursos que se consideran idénticos al en él rechazado en resoluciones anteriores, sin que tan radical cambio de criterio se justifique en razón alguna; además, ulteriores resoluciones igualmente idénticas vienen siguiendo el mismo criterio de no decidir sobre la admisión o no a trámite, de modo que el auto aquí recurrido debe calificarse de una resolución aislada, resultando así claro que el Tribunal Supremo no ha dado el mismo tratamiento a situaciones totalmente idénticas, sino que en un caso -el impugnado- optó por inadmitir a trámite el recurso, mientras que en todos los demás acordó dejar en suspenso la decisión sobre admisibilidad hasta tanto este Tribunal no se pronunciara sobre las cuestiones de inconstitucionalidad de que queda hecha referencia. En todo lo demás, resumiendo el resto de la argumentación ya realizada de la demanda, se reiteran los pedimentos en ella contenidos.

9. El 16 de julio fueron presentadas ante este Tribunal las alegaciones del Abogado del Estado, en las que se postula la denegación del amparo pretendido. Así, en cuanto a la primera de las alegaciones de la recurrente de los dos argumentos contenidos en el Auto del Tribunal Supremo para inadmitir a trámite el asunto, el primero -relativo al modo de determinar la cuantía- no es sino pura aplicación de una constante jurisprudencia, y en cuanto al segundo -inidoneidad de aplicar analógicamente la regla relativa a la impugnación indirecta de reglamentos a los supuestos de impugnación indirecta de Leyes- el Abogado del Estado no encuentra resolución alguna que contradiga el criterio seguido, que, por lo demás, reputa como altamente razonable. Tras rechazar la idoneidad de los términos de comparación aportados por el recurrente -por no constar en ninguno de ellos que el recurso fuera admitido a trámite, ni su cuantía, ni argumentación alguna contradictoria con la segunda de las expuestas para decretar la inadmisión- aduce por último el Abogado del Estado la falta absoluta de prueba de que la resolución impugnada suponga una ruptura ocasional y singular de una línea jurisprudencial constante, que ponga de manifiesto una arbitraria diferencia de trato (SSTC 46/1996 [ RTC 1996\46] y 104/1996 [ RTC 1996\104], entre otras).

El análisis del segundo de los motivos del amparo lo inicia el Abogado del Estado subrayando la inidoneidad de señalar como objeto del mismo las «autoliquidaciones» practicadas por la propia recurrente por no ser actos de los poderes públicos, por lo que habrá que entender como recurridos -pese a la relativa oscuridad de la demanda en este punto- los actos de los poderes públicos confirmatorios de las autoliquidaciones, igualmente inadecuada es la pretensión de que se declaren no ajustadas a Derecho las liquidaciones y la devolución de lo ingresado, pues lo único viable es el restablecimiento del derecho fundamental alegado.

El análisis del fondo de esta segunda pretensión lleva al Fiscal a afirmar, sucesivamente, la inidoneidad del art. 31.1 CE, para fundar una pretensión de amparo y la inexistencia de discriminación alguna respecto a «otros sectores empresariales», dada la absoluta vaguedad de este término de comparación, reproche igualmente dirigible a la supuesta discriminación frente a otras empresas de juego que no explotan máquinas tragaperras y frente a otros empresarios que explotan tales máquinas. En fin, en lo que se refiere a la supuesta discriminación por razón del tiempo, entiende el Abogado del Estado de aplicación al caso la doctrina sentada en la STC 126/1987 ( RTC 1987\126), de muy similar objeto y corroborada por ulteriores decisiones (SSTC 150/1990 [ RTC 1990\150], 197/1992 [ RTC 1992\197] y 205/1992 [ RTC 1992\205]). Tras alegar la legitimidad constitucional de las finalidades -fiscal y extrafiscal- perseguidas con la norma, concluye el escrito abogando por la total denegación del amparo pretendido.

10. Con fecha 31 de julio tuvieron entrada en el Registro del Tribunal las alegaciones de la Junta de Galicia. Tras sumaria exposición de los hechos se niega la existencia de la primera de las vulneraciones denunciadas en la demanda por entender que la recurrente no ha probado la identidad de los supuestos aportados como término de comparación, ni tampoco el estado de tramitación en que se encontraran en el momento de ser dictada la aquí impugnada. Asimismo, cita el representante de la Junta la existencia de otros supuestos, también referidos a impugnaciones del gravamen complementario sobre la tasa fiscal sobre el juego, en el que se siguió por la Sala idéntico criterio al ahora impugnado por lo que no nos encontramos ante una arbitraria valoración de los hechos realizada con propósito discriminatorio, sino, antes bien, con la aplicación al caso de una sólida línea jurisprudencial.

En cuanto al resto de las alegaciones de la recurrente el representante de la Junta se limita a invocar las razones contenidas tanto en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia como en la STC 126/1987.

11. Las alegaciones del Fiscal, que accedieron al Tribunal en la misma fecha que las anteriores, se centran en el primero de los motivos de la demanda de amparo; tras un pormenorizado relato de las circunstancias del caso, argumentos utilizados en la resolución impugnada y la demanda y doctrina constitucional que entiende de aplicación, centra su análisis el Fiscal en el problema de si los términos de comparación propuestos por el recurrente son verdaderamente idénticos en cuanto al criterio de la cuantía litigiosa -primero de los utilizados en la resolución impugnada-, pues de la documentación aportada hasta la fecha no cabe deducir respuesta alguna cierta. Todo ello, y dado que la carga de demostrar la existencia de discriminación recae sobre el recurrente, lleva al Fiscal a estimar, al menos con los datos disponibles no suficientemente acreditado el trato discriminatorio que se denuncia, lo que conduciría a la desestimación del recurso, por este primer motivo, y siempre que el Tribunal decida no hacer uso de la facultad prevista en el art. 89.1 LOTC, acordando la práctica de prueba, tal y como se solicita por medio de otrosí. Esto es «para recabar la documentación que se estime precisa con el objeto de comprobar la identidad de supuestos entre los recursos de casación admitidos por el Tribunal Supremo y el inadmitido, objeto del presente recurso», tras lo cual se abriría nuevo trámite de alegaciones.

12. Por providencia de 30 de septiembre de 1996, la Sección Tercera del Tribunal acordó denegar lo solicitado por el Ministerio Fiscal en el otrosí de sus alegaciones, por cuanto el Tribunal Supremo aún no se había, por entonces, pronunciado sobre la admisión a trámite de los recursos de casación aportados como término de comparación.

13. Con fecha 24 de abril de 1997 tuvo entrada en el Registro del Tribunal nuevo escrito de la recurrente, con el que se viene a poner en conocimiento del Tribunal dos hechos nuevos que entiende relevantes para la resolución del presente asunto: La declaración de inconstitucionalidad del art. 38.2.2 de la Ley 5/1990 por la STC 173/1996 ( RTC 1996\173) -que a su juicio impone la extensión de tal sentencia al caso aquí debatido-, y la expresa admisión a trámite por la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de dos recursos que considera idénticos al rechazado en la primera de las resoluciones impugnadas, mediante sendos Autos de 7 de marzo y 10 de junio de 1996, y con criterio obviamente contrario al seguido en aquélla. Asimismo, y mediante otrosí, solicita la apertura de período de prueba a fin de poder acreditar la identidad de los supuestos ahora aportados con el que motiva el presente recurso.

Dicho escrito fue unido a las presentes actuaciones por providencia de la Sección Tercera de 19 de mayo ulterior, en la que asimismo se acordó no haber lugar al recibimiento a prueba solicitado, por estimarse innecesario para la resolución del asunto.

14. Por providencia de 26 de marzo de 1998, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 30 del mismo mes y año.

## II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. La triple queja del recurrente expuesta en los antecedentes viene referida, en sustancia, a dos pretensiones fundamentales, la segunda de ellas más compleja por su previa aplicación a otros supuestos ya analizados en nuestra más reciente jurisprudencia. Pues de un lado al Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que inadmitió a trámite la casación preparada por la entidad recurrente se le imputa una vulneración del art. 14 CE en su vertiente de derecho a la igual aplicación de la ley, aduciendo la existencia de casos idénticos en los que idéntico órgano judicial no decretó la inadmisión a trámite del recurso. Queja que se presenta acompañada de una mención al derecho a la tutela judicial sin indefensión y con la que se pretende plantear exactamente el mismo problema, lo que excusa de su examen. Formulando asimismo una pretensión subsidiaria en orden a que la resolución del presente recurso fuera suspendida hasta tanto se resolviera sobre el fondo de aquéllas, para aplicar al presente supuesto la solución que allí se alcanzara.

De otro lado, la regla legal por la que se impuso un gravamen complementario sobre la tasa fiscal sobre el juego, y en particular sobre las máquinas recreativas tipo «B» (art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, de medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria), se considera vulneradora del propio principio de igualdad en relación con el de capacidad contributiva, vicio que se comunica a los actos realizados en aplicación de la referida disposición -no sin ciertas imprecisiones en la identificación de cuáles sean éstos-, y con el matiz añadido de que tal regla legal fue en su día impugnada por una pluralidad de cuestiones de inconstitucionalidad que se encontraban admitidas a trámite por este Tribunal al tiempo de plantearse la demanda de amparo.

Tal cúmulo de problemas debe abordarse dando preferencia al análisis de la expuesta en primer lugar pues de apreciarse la alegada vulneración del derecho a la igual aplicación de la Ley, la consecuencia directa sería la devolución de los autos al momento en que debió ser dictada una resolución consistente con el derecho fundamental vulnerado. Los restantes serán examinados según el orden que acabamos de exponer, inverso al del suplico de la demanda, pues la lógica seguida en el momento de interposición de la demanda de amparo no resulta de aplicación desde el momento en que las mencionadas cuestiones de inconstitucionalidad han sido ya resueltas por el Pleno de este Tribunal (STC 173/1996 y resoluciones concordantes), como también el alcance de sus efectos sobre recursos de amparo similares al presente (SSTC 159/1997 [ RTC 1997\159], del Pleno del Tribunal, y 183/1997 [ RTC 1997\183]).

2. El primero de los motivos de la demanda se dirige, como queda dicho, a tachar de discriminatorio el auto por el que el Tribunal Supremo decretó la inadmisión a trámite del recurso de casación intentado, resolución que se considera aislada y contradictoria con otras varias -anteriores y posteriores a la aquí discutida- en los que la resolución adoptada por idéntico órgano judicial fue la suspensión de cualquier decisión hasta tanto no se resolvieran las cuestiones de inconstitucionalidad por entonces pendientes de resolución ante este Tribunal y relativas a la regla legal aplicada por la sentencia de instancia recurrida.

En suma, como se ve, el sustento de este primer motivo es nuestra muy reiterada doctrina sobre el derecho a la igual aplicación de la Ley, conforme a la cual en términos sintéticos, los órganos Judiciales no pueden apartarse arbitrariamente de sus propios precedentes. De suerte que se vulnera tal derecho cuando un mismo órgano judicial (SSTC 146/1990 [ RTC 1990\146], 58/1992 [ RTC 1992\58] y 91/1993 [ RTC 1993\91], entre otras muchas), existiendo identidad sustancial del supuesto de hecho (SSTC 55/1988 [ RTC 1988\55], 200/1990 [ RTC 1990\200], 269/1993 [ RTC 1993\269], etc.), se aparta del criterio jurisprudencial mantenido en casos anteriores (últimamente, SSTC 132/1997 [ RTC 1997\132] y 204/1997 [ RTC 1997\204], excluyendo el término de comparación posterior), sin que medie una fundamentación razonable

aun implícita (SSTC 49/1982 [ RTC 1982\49], 181/1987 [ RTC 1987\181], 46/1996, etc.), para lo que basta la existencia de elementos externos que evidencien que el cambio no es fruto de una respuesta individual diferenciada, sino manifestación de la adopción de un nuevo o distinto criterio general (SSTC 63/1984 [ RTC 1984\63], 115/1989 [ RTC 1989\115] o 200/1990). En definitiva, como recientemente se expone en la STC 96/1997 ( RTC 1997\96), fundamento jurídico 5.º, reiterando lo afirmado en la STC 144/1988 ( RTC 1988\144), fundamento jurídico 3.º, la función de este Tribunal Constitucional en tutela del derecho en cuestión, y desde el momento en que «ninguna de las interpretaciones divergentes resulte contraria a la Constitución, el problema que la divergencia plantea sólo puede ser traído ante nosotros cuando quien se siente víctima de una aplicación discriminatoria de la Ley pueda ofrecer razones que le autoricen a pensar que la divergencia interpretativa es simplemente la cobertura formal de una decisión, cuyo sentido diverso al de otras decisiones anteriores, y eventualmente posteriores, se debe realmente al hecho de que se han tomado en consideración circunstancias personales o sociales de las partes incluso simplemente su propia identidad, que no debieron serlo» (en sentido análogo, SSTC 108/1988 [ RTC 1988\108], 253/1988 [ RTC 1988\253], 103/1990 [ RTC 1990\103], 46/1996 y 104/1996).

3. La aplicación de esta doctrina al supuesto planteado lleva a desechar este primer motivo del recurso. En efecto, no es exacto afirmar que los términos de comparación aportados por el recurrente acrediten que estamos ante supuestos sustancialmente, idénticos, como tampoco lo es que en el Auto impugnado se siga un criterio contradictorio al uniformemente seguido en aquéllos; y, por supuesto, lo que explica el contenido de la providencia mencionada en el antecedente 13, no cabe considerar como término de comparación idóneo resoluciones lisa y llanamente inexistentes en el momento de ser dictada la inadmisión a trámite discutida, por ser de fecha posterior a la misma. Todo ello, en definitiva, viene a poner de manifiesto la inexistencia en la resolución impugnada de un criterio resolutorio distintivo y discriminatorio. Veámoslo:

A) Es claro, en primer lugar, que entre el supuesto resuelto en el auto impugnado y los de las diversas providencias que se aportan como término de comparación existe, cuando menos, un matiz diferenciador nada irrelevante: Que en el procedimiento de origen de la demanda de amparo fue suscitado incidente sobre la posible inadmisibilidad del recurso por razón de la cuantía; sobre ello existieron alegaciones contradictorias de las partes; y fue en resolución de tal incidente como se dictó la resolución cuyo supuesto carácter discriminatorio se denuncia. Pues bien, ninguno de estos extremos aparece acreditado en los casos traídos a colación como término de comparación donde, según la documentación aportada, no existe traza alguna de que tales incidente, alegaciones y resolución existieran en el momento de ser adoptada la aquí discutida.

B) No menos incierta resulta la supuesta contradicción entre el sentido de la resolución impugnada y las que como contradictorias aduce el recurrente. Aquélla, tras la oportuna tramitación del incidente sobre admisibilidad del recurso, resuelve en sentido negativo; éstas, sin que se acredite en modo alguno la tramitación de incidentes análogos sobre la cuantía, no habían resuelto, por tanto, nada definitivo sobre la admisibilidad como explícitamente se afirma en los propios certificados aportados por la recurrente. Difícilmente, por todo ello, cabe advertir que exista la suficiente homogeneidad procesal como para que resoluciones que versan sobre otros extremos -la suspensión de cualquier decisión hasta tanto fuera dada respuesta a las cuestiones de inconstitucionalidad por entonces pendientes ante este Tribunal-, y que no desmienten ni son desmentidas por el auto aquí enjuiciado, puedan ser válidamente utilizadas como demostrativas de haberse seguido en éste un criterio aislado, tanto antes como posteriormente, y discriminatorio, en suma.

C) Tal diversidad de supuestos y resoluciones impide apreciar que el criterio seguido en la resolución impugnada resultara simple encubrimiento formal de una solución ya previamente adoptada con arbitrario criterio diferenciador ad causam o ad personam. Y éste es justamente, según quedó expuesto (SSTC 144/1988 y 96/1997, ya citadas), el núcleo distintivo del derecho fundamental alegado y el límite infranqueable de la jurisdicción del Tribunal Constitucional en su análisis de si se ha producido o no una vulneración del mismo. Que la Constitución y los derechos y libertades fundamentales en ella recogidos no garantizan el acierto judicial, es afirmación tan común en nuestra doctrina como para excusar la cita de precedentes; que entre los eventuales desaciertos puedan encontrarse apartamientos más o menos inequívocos de los

precedentes del propio órgano judicial, no es objeto de duda. Pero lo que garantiza el derecho a la igual aplicación de la Ley es, específicamente, que el juicio jurisdiccional no pueda realizarse con base en prejuicios discriminatorios, sea por razón de las personas intervinientes como por otras posibles circunstancias del litigio. Ninguna traza hay de ello en el Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo impugnado, que, antes bien, no hace sino fundar la inadmisibilidad del recurso de casación en argumentos perfectamente razonables -cuantía del litigio; diferencia entre la impugnación indirecta de normas con rango reglamentario y la de normas con rango de Ley-, y en nada contradichos por ninguna de las resoluciones aportadas como término de comparación.

La primera de las pretensiones deducidas en la demanda debe ser, por todo ello, desestimada, así como la pretensión subsidiaria, ésta por pérdida de su objeto.

4. Pasando ya al análisis de la tercera de las quejas deducidas según el orden seguido en la demanda y dirigida, en última instancia, contra el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990 por presunta lesión del principio de igualdad (art. 14 CE) en relación al de capacidad económica (art. 31.1 CE), ha de señalarse que tal cuestión fue ya definitivamente resuelta por la reciente STC 159/1997, del Pleno del Tribunal, cuyos razonamientos son de íntegra aplicación al presente supuesto cual, de otra parte, fuera ya el caso de la STC 183/1997.

En los fundamentos jurídicos 3.º y 4.º de dicha sentencia rechazamos que la creación por el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990 de un gravamen complementario de la tasa fiscal sobre el juego para las máquinas recreativas tipos «B» y «C» pudiera haber supuesto una discriminación contraria al principio de igualdad proclamado en el art. 14 CE, frente a otro tipo de actividades económicas, en general, o del propio sector del juego en particular, alegación en que se basa esencialmente el motivo aquí analizado. Decíamos allí y recordamos ahora sintéticamente, que «no toda proclamación constitucional del principio de igualdad es reconducible, sin más, a la efectuada por el art. 14 CE», pues «específicamente no lo es, en cuanto aquí interesa, la del principio de igualdad en materia tributaria contenida en el art. 31 CE, como así lo ha declarado con rotundidad este Tribunal en diversas ocasiones» (con cita de las SSTC 19/1989 [ RTC 1989\19], 53/1993 [ RTC 1993\53] y 54/1993 [ RTC 1993\54]), y que «si bien ello no significa que este Tribunal no pueda llegar a apreciar (...) una infracción del art. 14 por la Ley Tributaria, sí excluye claramente que, so capa de una invocación meramente formal del art. 14 CE, en realidad el recurrente de amparo venga a apoyarse en el art. 31.1 CE, precepto este que, como se ha dicho, no puede servir de fundamento a una pretensión en este proceso constitucional, por imperativo del art. 53.2 CE y del art. 41.1 LOTC» (fundamento jurídico 3.º). Concluíamos, así, y procede ahora reiterar que «de ello se desprende con claridad que la posible inconstitucionalidad que la recurrente imputa al art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, por su eventual contradicción con el principio de igualdad, no residiría realmente en una discriminación contraria al art. 14 CE por estar basada en una diferenciación de índole subjetiva, sino en una desigualdad fundada en elementos objetivos, que es la contemplada en el art. 31.1 CE. Y, por tanto, la conclusión última sólo puede ser, a la luz de la doctrina antes expuesta, que nos encontramos ante una eventual desigualdad no susceptible de ser corregida por el cauce del presente proceso de amparo, aunque pueda serlo, en su caso, por el de otros procesos constitucionales, como el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad» (fundamento jurídico 4.º, in fine).

5. Finalmente, en la tan reiterada STC 159/1997 (y luego en la STC 183/1997, fundamento jurídico 4.º), se especificaron los efectos sobre los recursos de amparo entonces pendientes de la STC 173/1996 del Pleno de este Tribunal, que, al resolver sobre las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 3563/1993, 3564/1993 y 3565/1993 y 100/1994, declaró inconstitucional y nulo el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990 por haber llevado a cabo «retroactivamente, un aumento de la deuda tributaria que puede calificarse de no previsible y carente de suficiente justificación, lo que conduce a estimar que en este caso se ha producido una vulneración del principio de seguridad jurídica garantizado por el art. 9.3 CE» (STC 173/1996, fundamento jurídico 5.º).

Pues bien, dicha sentencia rechaza que la declaración de inconstitucionalidad del art. 38.2.2 de la Ley 5/1990 efectuada en la STC 173/1996 pudiera conducir a la estimación de los recursos de amparo entonces pendientes, directa o indirectamente dirigidos frente a dicho precepto, por supuesta vulneración del art. 14 CE. Entre otros argumentos, detenidamente expuestos en los



fundamentos jurídicos 6.º y 7.º de la STC 159/1997, a los que procede remitir íntegramente, señalamos allí, y cumple reiterar ahora, que la pura traslación, sin más, al ámbito posible del proceso constitucional de amparo de la declaración de inconstitucionalidad derivada de un proceso de este último género, no resulta posible cuando tal declaración se asienta en normas constitucionales excluidas de aquel ámbito (delimitado en el art. 53.2 CE). El proceso de amparo constitucional carece de otro universo posible que el de determinar si existe o no, en cada caso, una vulneración de los derechos y libertades susceptibles de tal amparo; pues «aun cuando pueda admitirse una pretensión directa de inconstitucionalidad sostenida por particulares, esta posibilidad queda doblemente limitada: De una parte por los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 30 CE; de otra, "a los casos en que el recurrente haya experimentado una lesión concreta y actual de sus derechos" (STC 41/1981 [ RTC 1981\41], fundamento jurídico 1.º)» ( ibid.) fundamento jurídico 6.º; reproducido en la STC 183/1997, fundamento jurídico 4.º).

La aplicación de tal doctrina al supuesto, entonces como ahora, debatido lleva a la denegación del amparo también por este motivo, por cuanto «ha de tenerse presente que en la STC 173/1996 la declaración de inconstitucionalidad del art. 38.2.2 de la Ley 5/1990 se produjo sólo con fundamento en la violación del principio de seguridad jurídica contenido en el art. 9.3 CE; y este principio, por imperativo de los arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC, queda extramuros del proceso de amparo, como reiteradamente ha declarado este Tribunal (SSTC 165/1993 [ RTC 1993\165], 233/1993 [ RTC 1993\233] y 28/1994 [ RTC 1994\28], entre otras). Lo que implica, en suma, que en el presente caso es improcedente tal remisión, en atención a los presupuestos de la jurisdicción de este Tribunal en el proceso de amparo» (fundamento jurídico 6.º, in fine).

Todo ello conduce, en definitiva, y como consecuencia de aplicar la doctrina sentada por el Pleno del Tribunal en la STC 159/1997 -al igual que ya se hiciera en la STC 183/1997-, a la desestimación del presente recurso de amparo.

## FALLO

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

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado.

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

Dada en Madrid, a treinta de marzo de mil novecientos noventa y ocho.-José Gabaldón López.- Fernando García-Mon y González-Regueral.-Rafael de Mendizábal Allende.-Julio Diego González Campos.-Carles Viver Pi-Sunyer.Tomás S. Vives Antón.-Firmados y rubricados.

Asimismo certifico: Que con relación a la sentencia que antecede, aparece un voto particular del tenor literal siguiente:

## VOTO PARTICULAR

que formula el Magistrado don Fernando García-Mon y González-Regueral a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2919/1995

1. Mi discrepancia con la sentencia de la mayoría está referida a la desestimación de la pretensión subsidiaria postulada en la demanda relativa a la nulidad de las 385 liquidaciones tributarias practicadas por el concepto del gravamen complementario de la tasa fiscal sobre el juego para el ejercicio 1990, establecido por el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria, que, impugnadas en el proceso antecedente por estimar la entidad actora que el precepto aplicado era inconstitucional, fueron confirmadas por la sentencia contra la que se interpuso el recurso de casación inadmitido por el auto impugnado en amparo que ahora confirmamos.

La sentencia sigue en los fundamentos cuarto y quinto la doctrina del Pleno de este Tribunal contenida en la STC 159/1997 por la que, pese a haberse declarado la inconstitucionalidad y nulidad del art. 38.2.2 de la Ley 5/1990 por la STC 173/1996, único apoyo legal que tenían las liquidaciones impugnadas, se declaró la improcedencia del recurso de amparo 168/1994 en el que, como ocurre en éste, se solicitaba su nulidad. A dicha STC 159/1997 formulé voto particular, al igual que otros Magistrados, por entender aplicable al caso el art. 38.1 de nuestra Ley Orgánica y, por tanto, que procedía estimar el recurso de amparo, proyectando la nulidad declarada por la STC 173/1996 a la resolución del mismo.

Así lo entiendo ahora, como lo hice también frente a la STC 55/1998 [ RTC 1998\55], que desestimó, con base en la misma doctrina el recurso de amparo núm. 3288/1994. A los votos particulares entonces formulados contra dichas sentencias me remito ahora y los doy aquí por reproducidos: entiendo que, por lo razonado en ellos, era procedente haber otorgado el amparo solicitado como lo es también, incluso con mayor claridad, en este caso. Estimar de aplicación a estos supuestos el art. 40.1 de la LOTC que impide «revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales», me parece contrario a lo establecido en los arts. 164.1 CE y 38.1 LOTC, contradicción que -en mi criterio y dicho sea con todos los respetos- no tiene más base que el desconocimiento de la realidad: cuando el Tribunal revisa en amparo la sentencia dictada en un proceso antecedente, ese proceso «no está fenecido mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada»; está terminado mediante la sentencia que, precisamente, se revisa en amparo por este Tribunal.

2. En cuanto a la pretensión principal ejercitada en el recurso, la desigual aplicación de la Ley en la que incide el auto impugnado, es cierta y lo demuestra la entidad actora incluso con la aportación de un auto de la misma Sala, de fecha 10 de junio de 1996, en el que se admitió un recurso exactamente igual al inadmitido por el Auto de 20 de junio de 1995, que había sido interpuesto por la propia entidad recurrente: «Unión de Operadores Reunidos, SA». Pero siendo cierta la desigualdad denunciada, también lo es que, como se señala en la sentencia de la mayoría, las dos causas de inadmisión apreciadas por el auto impugnado -cuantía del litigio e impugnación de normas con rango de ley- están contempladas como tales por la Ley Jurisdiccional y el hecho de no haberse aplicado en los numerosos casos que señala la recurrente como término de comparación, ni elimina la existencia legal de las mismas ni impide al Tribunal su aplicación aunque lo haya hecho en la forma desigual que se denuncia en el recurso.

Por todo ello entiendo que ha debido estimarse en el presente recurso de amparo, la pretensión subsidiaria ejercitada por la entidad recurrente.

Madrid, a treinta de marzo de mil novecientos noventa y ocho.-Fernando García-Mon y González-Regueral.-Firmado y rubricado.