

Dicho principio, como dijimos en la STC 88/1997 y hemos reiterado en las posteriores 150/1997 y 184/1997, "si bien no implica, a pesar de su ambigua denominación, la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan" sí debe entenderse que impone "la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican".»

5. A la vista de esta doctrina la cuestión referente a si existe base legal en la normativa rectora del proceso para la exigencia de un determinado requisito procesal, cuyo necesario cumplimiento condiciona la posibilidad de obtener una resolución sobre el fondo del asunto, sin perjuicio de su primario carácter de cuestión de legalidad ordinaria, adquiere una indudable relevancia constitucional. Si no existe en la ley el requisito, y al exigirlo sin base legal se cierra el paso a la jurisdicción, el derecho del art. 24.1 C.E. resulta sin duda lesionado, según hemos declarado en nuestras SSTC 38/1994 y 163/1993; de modo que la existencia de la lesión viene condicionada a la del cuestionado requisito legal. Nuestro control está así justificado, sin que ello suponga invasión de la competencia atribuida a los órganos de la Jurisdicción ordinaria, lo que nos lleva directamente al análisis de la primera de las cuestiones que enunciábamos en el fundamento jurídico 2.º

La pura afirmación en la Sentencia impugnada de la existencia de un requisito legal que ha dejado de existir por la derogación de la ley que lo establecía es por sí sola constitutiva de una vulneración del art. 24 C.E. en su contenido referido al acceso a la jurisdicción.

6. Entrando, pues, en el análisis de esa inexistencia en el presente caso, se ha de resaltar que el recurso contencioso-administrativo se interpuso el día 8 de mayo de 1993, y que la Resolución recurrida se notificó al recurrente el 10 de marzo anterior, según se afirma en la demanda de amparo y en la propia Sentencia impugnada (fundamento de derecho 2.º).

Habida cuenta que los arts. 52 de la L.J.C.A. de 1956 y 126 de la L.P.A. fueron derogados por la disposición derogatoria única, 2 c) y b), respectivamente, de la Ley 30/1992, que entró en vigor el día 27 de febrero de 1993, según su disposición final, cumplidos los tres meses desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», que tuvo lugar el 27 de noviembre de 1992, es claro que, cuando el recurso contencioso-administrativo se interpuso, que es el momento temporal de referencia de los requisitos procesales que lo rigen, había desaparecido ya de su normativa rectora el recurso de reposición y el requisito procesal a él referente.

Se ha de concluir en consecuencia, que se ha producido sólo por ello la vulneración del referido derecho del actor, como sostiene el Ministerio Fiscal, lo que conduce a la estimación del recurso de amparo, sin que sea preciso que abordemos los otros dos apartados del cuestionario enunciado en su momento, según entonces se advirtió.

7. Resta tan sólo precisar el contenido del fallo, dada la discrepancia existente sobre el particular entre la solicitud del demandante y la del Ministerio Fiscal. Ambas coinciden en la de anulación de la Sentencia recurrida, consistiendo la diferencia en que, mientras el demandante pide que la Sala *a quo* dicte la Sentencia que corresponda sobre el fondo, el Ministerio Fiscal pide que aquélla dicte otra, que no consista en la inadmisión por falta de interposición del recurso de reposición, petición esta última que puede o no coincidir en la práctica con

la del demandante; pero que estimamos más respetuosa con las competencias de dicha Sala, por lo que éste debe ser el sentido de nuestro fallo estimatorio.

FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Benito Manuel Paúl Gayán y, en consecuencia:

1.º Reconocer que se ha lesionado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión

2.º Restablecerle en su derecho, y a este fin declarar la nulidad de la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón el día 3 de diciembre de 1994, en el recurso núm. 459 del año 1993.

3.º Retrotraer las actuaciones en dicho pleito al momento procesal anterior al de dictar Sentencia para que la referida Sala emita resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

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

Dada en Madrid, a veintidós de marzo de mil novecientos noventa y nueve.—Carles Viver Pi-Sunyer.—Julio Diego González Campos.—Tomás S. Vives Antón.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Firmados y rubricados.

9280 *Sala Primera. Sentencia 36/1999, de 22 de marzo de 1999. Recurso de amparo 1.574/1995. Contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía desestimatoria del recurso interpuesto contra liquidaciones del gravamen complementario de la tasa fiscal del juego creado por el art. 38.2 de la Ley 5/1990. Supuesta vulneración del principio de igualdad: aplicación ajustada a Derecho de un precepto declarado posteriormente inconstitucional. Voto particular.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Pedro Cruz Villalón, Presidente; don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Fernando Garrido Falla y doña María Emilia Casas Baamonde, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1.574/95, interpuesto por la entidad «Gasparín, S. A.», representada por el Procurador de los Tribunales don Luis Pozas Osset que ha sustituido a su compañero fallecido don Luis Pozas Granero y asistida por el Letrado don Santiago Moreno Molinero, contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla), de 6 de marzo de 1995, sobre el gravamen complementario de la tasa fiscal del juego creado por el art. 38.2 de la

Ley 5/1990. Han comparecido el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado y la Junta de Andalucía, representada por el Letrado don Eduardo Hinojosa Martínez. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Cachón Villar, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 29 de abril de 1995, el Procurador de los Tribunales don Luis Pozas Granero, en nombre y representación de «Gasparín, S. A.», interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla), de 6 de marzo de 1995, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra liquidaciones del gravamen complementario de la tasa fiscal sobre juegos de suerte, envite o azar, creado por el art. 38.2 de la Ley 5/1990.

2. La demanda se basa en los siguientes hechos:

a) La entidad hoy demandante de amparo solicitó en la Delegación Provincial de Huelva de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía el aplazamiento o fraccionamiento del pago del gravamen complementario de la tasa fiscal sobre el juego, creado por el art. 38.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, de Medidas Urgentes en Materia Presupuestaria, Financiera y Tributaria, correspondiente a las 81 máquinas recreativas que tenía en explotación, cuyo importe ascendía a 18.893.000 pesetas, y cuyo plazo de pago en período voluntario vencía el 20 de octubre de 1990.

Dicha solicitud fue desestimada por Acuerdo del Delegado provincial de la mencionada Consejería, de 17 de enero de 1991, en el que se concedía a la hoy recurrente un plazo de dos días naturales para realizar el pago. El 26 de enero de 1991, dentro del plazo concedido, «Gasparín, S. A.» realizó el ingreso de la citada cantidad.

b) Contra las liquidaciones del gravamen complementario y la denegación del aplazamiento del pago se interpuso reclamación económico-administrativa (núm. 21/98/91) ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía, que fue desestimada por Resolución de 11 de febrero de 1991.

c) Contra dicha Resolución se interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala del citado orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla (núm. 28/94), que fue desestimado por Sentencia de 6 de marzo de 1995 (notificada el 4 de abril del mismo año).

3. La recurrente solicita el amparo con fundamento en que se ha producido una vulneración del derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 C.E. imputable «de modo inmediato y directo» a la resolución impugnada. Dicha violación habría tenido lugar, en esencia, al considerar el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ajustado a Derecho el art. 38.2 de la Ley 5/1990 y no haber presentado el órgano judicial, tal y como se solicitó, la cuestión de inconstitucionalidad sobre dicho precepto por vulneración del principio de igualdad:

a) A título previo, la recurrente discrepa de la Sentencia impugnada por los virtuales efectos de «cosa juzgada» que ésta atribuye a la STC 126/1987, la cual, en su opinión, no resulta aplicable en su conjunto al presente caso, porque tanto las circunstancias como los planteamientos que en su día llevaron a este Tribunal a dictar dicha Sentencia serían distintos a los actuales.

En cuanto a las circunstancias, la situación creada por la Ley 5/1990 sería radicalmente distinta a la que creó la Ley 5/1983. Lo que en 1983 constituyó una anomalía normativa que, aun con no pocas dificultades, pudo ser asimilada por sus destinatarios, se convirtió en 1990 en una singularidad no justificada: primero,

porque el gravamen complementario de 1990 rompió abiertamente los trazos con que estaba diseñada la tributación sobre el juego, cosa que no hizo con la misma intensidad el de 1983, al no estar aún vigente el IVA; segundo, porque la cuantía del incremento producido en 1990 no guarda proporcionalidad alguna con la estructura de ese sistema tributario, y tercero, porque la capacidad económica de los sujetos pasivos del gravamen en 1990 es mucho menor que la existente en 1983. A este respecto, adjunta datos oficiales de las Memorias de la Comisión Nacional del Juego, que acreditarían que la nueva tributación ha supuesto la desaparición de alrededor de 100.000 máquinas recreativas y el cierre de gran número de salones recreativos y de juego.

Por lo que se refiere a los razonamientos de la STC 126/1987, advierte que la misma se centró en la presunta vulneración del principio de irretroactividad, reconocido en el art. 9.3 C.E., abordando, en cambio, en su fundamento jurídico 4.º, de forma más que escueta, y desde unas posiciones que la actora no cuestiona, la del principio de igualdad del art. 14 C.E., por lo que entiende que la cuestión no quedó cerrada a este respecto.

b) Sobre la vulneración del principio reconocido en el art. 14 C.E., alega la recurrente que la igualdad es uno de los aspectos materiales más destacados de la justicia tributaria, y entraña la exigencia de que los sujetos que desempeñan actividades económicamente equiparables sean gravados de forma sustancialmente semejante, de manera que el tratamiento fiscal de las diversas actividades económicas no suponga la creación de privilegios.

Pues bien, a su juicio, es obligado reconocer que el régimen tributario al que están sometidas en nuestro país las empresas dedicadas a la explotación de máquinas recreativas con premio, tipo B, es de un rigor y dureza que no admite comparación con el de ninguna otra empresa mercantil o industrial.

Tras la entrada en vigor del art. 38.2 de la Ley 5/1990, la tasa fiscal sobre el juego para dichas empresas quedó fijada en 375.000 pesetas por máquina y año, creándose para el año 1990 un gravamen complementario retroactivo, con lo que desde ese mismo año pasaron a soportar una presión tributaria inicial del 35 por 100 calculada sobre ingresos (1.070.000 pesetas de recaudación media en 1990 de esta clase de máquinas, según datos oficiales de la Comisión Nacional del Juego), que, en realidad, se sitúa en el 70 por 100 si se tiene en cuenta que el 50 por 100 de la recaudación bruta de cada máquina corresponde al titular del establecimiento donde se instala. A ello habría que sumar las 15.000 pesetas que se han de pagar por cada máquina en concepto de I.A.E., la tributación por el Impuesto de Sociedades, caso de que la empresa obtenga beneficios, y la tributación por el I.R.P.F. sobre el excedente repartido en concepto de beneficio.

En suma, y a su juicio, nos hallamos ante un caso de múltiple imposición que coloca a los empresarios del sector en un nivel de tributación incomparablemente superior al del resto de las empresas del país.

c) A juicio de la demandante de amparo, la tasa fiscal sobre el juego y el gravamen complementario creado por el art. 38.2 de la Ley 5/1990 también vulnerarían el principio de igualdad, al establecer una cuota única fija por máquina, con absoluta independencia de los beneficios brutos generados por cada una de ellas y de la renta total de la empresa operadora, cuando, como demostraría un Informe de la Subdirección General de Inspección Centralizada del Ministerio de Economía y Hacienda de 1 de febrero de 1990, la explotación de las máquinas recreativas tipo B genera diversos rendimientos en función de su ubicación geográfica (la Comu-

nidad Autónoma y el Municipio) y el local en el que estén instaladas.

d) Además de vulnerar el art. 14 C.E., a juicio de la recurrente, la medida adoptada en el art. 38.2 de la Ley 5/1990, también sería contraria a otros derechos y principios constitucionales. Su conjunción con otros tributos recayentes sobre esta actividad produciría un efecto prácticamente confiscatorio (contrario al art. 31.1 C.E.), al reducir a un umbral insignificante el beneficio neto de la mayoría de las empresas dedicadas a la misma, en claro contraste con otras del sector, particularmente la O.N.C.E., que está exenta de todo tipo de tributación. Sería también contraria al art. 31.1 C.E. desde el punto de vista de la capacidad económica, por la linealidad de este elevadísimo incremento del 300 por 100 y su indiferenciación en función de la capacidad de los sujetos pasivos. Específicamente, el gravamen complementario para 1990 vulneraría también el art. 9.3 C.E., en cuanto supone dotar de retroactividad a una medida tan excesiva, quebrando las legítimas expectativas económicas del ciudadano, fijadas conforme a la normativa vigente en el momento al que se retrotrae su aplicación. Finalmente, y sin mayor argumentación, dicha medida se considera también contraria a los arts. 33, 38 y 40 C.E.

e) Por último, y para apoyar la admisión a trámite del recurso de amparo por lo que respecta a este primer motivo, la recurrente señala su identidad de contenido con varias cuestiones de inconstitucionalidad sobre el art. 38.2 de la Ley 5/1990, por posible vulneración de los arts. 9.3, 14 y 31.1 C.E., admitidas a trámite y pendientes de resolución (las núms. 3.563, 3.564 y 3.565/93 y la 100/94).

Por todo lo expuesto, solicita el otorgamiento del amparo y, en consecuencia, que se anule la Sentencia impugnada, se deje sin efecto el acto administrativo objeto de reclamación, en lo concerniente a la liquidación tributaria impugnada, así como que se declare la inconstitucionalidad del art. 38.2 de la Ley 5/1990.

4. Por providencia de 22 de septiembre de 1995, la Sección Primera acordó admitir a trámite la demanda de amparo promovida por «Gasparín, S. A.», y tener por personado y parte en su nombre y representación al Procurador Don Luis Pozas Granero. Asimismo, y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, se acordó en dicho preveído requerir atentamente a los Tribunales Superior de Justicia de Andalucía y Económico-Administrativo Regional de dicha Comunidad para que remitieran testimonio, respectivamente, del recurso núm. 28/94 y de la reclamación núm. 98/91-H.R., y proceder, al propio tiempo, al emplazamiento del Abogado del Estado para su comparecencia en este proceso constitucional.

5. Por providencia de 11 de marzo de 1996, la Sección Primera acordó tener por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por los Tribunales Superior de Justicia y Económico Administrativo Regional de Andalucía, por personados y parte al Abogado del Estado y al Letrado de la Junta de Andalucía, y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, conceder un plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal, al Abogado del Estado, al Letrado de la Junta de Andalucía y a la solicitante de amparo para la vista de las actuaciones del recurso y la presentación de las alegaciones que estimaren convenientes.

6. El Abogado del Estado formuló sus alegaciones mediante escrito presentado en el Registro de este Tribunal el 21 de marzo de 1996. En él suplica que se dicte Sentencia totalmente denegatoria del amparo pretendido. Comienza el escrito haciendo tres precisiones: en primer lugar, que la infracción del art. 14 C.E. debe entenderse imputada a la confirmación de las autoliquidaciones, lo que sitúa el recurso en la esfera del art. 43 LOTC, dado que a la Sentencia del Tribunal

Superior de Justicia de Andalucía sólo se le reprocha no haber remediado la lesión constitucional; en segundo lugar, que aunque la demanda parece atribuir en ocasiones la infracción del art. 14 C.E. a la aplicación de los subapartados 1 y 2 del art. 38.2 de la Ley 5/1990 —que aumentan las cuotas fijas para las máquinas recreativas tipos B y C y establecen un gravamen complementario para el año 1990, respectivamente—, el análisis debe restringirse al art. 38.2.2, toda vez que lo recurrido en vía administrativa y contencioso-administrativa fue la confirmación de diversas autoliquidaciones por el gravamen complementario; en tercer lugar, que es inadecuada la pretensión de que se declare inconstitucional la totalidad del art. 38.2 de la Ley 5/1990, no sólo porque únicamente se han impugnado actos relativos al gravamen complementario, sino también porque lo impiden el art. 53.2 C.E. y los arts. 41.3 y 55.2 LOTC.

Hechas estas precisiones, el Abogado del Estado pone de relieve que deben excluirse de toda consideración las supuestas infracciones de los arts. 9.3, 31.1, 33, 38 y 40 C.E., por imperio de los arts. 53.2 C.E. y 41.1 LOTC. Tampoco cabe entender fundada, en su opinión, la del art. 14 C.E. que se alega en el presente recurso, cuya admisión a trámite sólo parece poder explicarse, a su entender, por la pendencia de diversas cuestiones de inconstitucionalidad sobre el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990 (gravamen complementario).

A su juicio, en la demanda se hacen alegaciones que nada tienen que ver ni con el art. 14 C.E. ni con la Constitución en general. Tal ocurriría con la descripción de los impuestos que recaen sobre los empresarios que explotan máquinas de juego tipos B y C, pues no es obligatorio iniciar ni mantener la actividad de máquinas «tragaperras», y si es poco remuneradora por su tratamiento tributario basta con no acometerla o abandonarla. Por otra parte, la disminución de máquinas «tragaperras» instaladas es una lícita finalidad extrafiscal que el legislador puede perseguir (SSTC 37/1987, 197/1992 y 186/1993).

La única alegación que, a su juicio, muestra alguna conexión con el art. 14 C.E. es la relativa al peor trato fiscal de los empresarios que explotan máquinas «tragaperras» frente al «resto de las empresas del país». Pero, a este respecto, el Abogado del Estado sostiene que, de acuerdo con la doctrina establecida por las SSTC 53/1993 y 54/1993, ese juicio de igualdad no pertenece al ámbito del art. 14 C.E., sino al del art. 31.1 C.E., puesto que no se alega ninguna discriminación basada en las circunstancias específica o genéricamente mencionadas en el primero. No obstante, ofrece otros argumentos adicionales para mostrar la escasa consistencia de los razonamientos contenidos en la demanda.

Advierte, en primer término, que nos hallamos ante problemas constitucionales, bien que planteados con inadecuada invocación del art. 14 C.E., ya resueltos por este Tribunal en la STC 126/1987 (relativa al gravamen complementario establecido por la disposición adicional sexta, 3, de la Ley 5/1983), cuya doctrina, corroborada por otras Sentencias posteriores (SSTC 150/1990, 197/1992 y 205/1992), sería de plena aplicación al caso y justificaría la denegación del amparo.

Seguidamente, el Abogado del Estado alega que los razonamientos de la demanda, en lo que puedan considerarse propiamente jurídico-constitucionales y no mera crítica de la conveniencia u oportunidad del gravamen complementario, parecen apuntar a la idea de exceso o falta de proporcionalidad. Ahora bien, y supuesta la legitimidad constitucional de tales fines (el Abogado del Estado alude a la enmienda parlamentaria que dio lugar al citado gravamen, y que habría tomado en especial consideración a las empresas explotadoras de estas máquinas, calificando de especialmente indeseable la tendencia a la creación de «minicasinós» orientados hacia los estratos medios y bajos de la renta personal),

a su juicio no cabe apreciar ninguna quiebra de la proporcionalidad que pudiera ser indicio de arbitrariedad: las cuotas fijas sobre máquinas B y C suponen en realidad un impuesto de producto sobre los ingresos derivados del juego que se practica con ellas, y, aun de ser ciertos los datos que ofrece la demanda, no se podría considerar excesiva o desproporcionada una imposición que rondara el 35 por 100 del producto (el Abogado del Estado señala que la enmienda parlamentaria se refería a un 11,18 por 100).

Finalmente, considera el Abogado del Estado que la crítica que se hace a las cuotas fijas del gravamen complementario cabría extenderla a cualquier tributo calculado por este método. Pero el art. 55 L.G.T. admite con carácter general las cuotas fijas, sistema que no puede entenderse incompatible con el art. 14 C.E. ni con ningún otro precepto o principio constitucional.

7. La recurrente formuló sus alegaciones en escrito registrado de entrada en este Tribunal el 28 de marzo de 1996. En él suplica que, otorgándose el amparo, se declare la inconstitucionalidad del art. 38.2 de la Ley 5/1990 y se anule la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 6 de marzo de 1995.

En dicho escrito la entidad recurrente, manteniendo la estructura de la demanda, completa las alegaciones relativas a la supuesta vulneración del art. 14 C.E. con algunas consideraciones adicionales. En particular, insiste en que las empresas operadoras de máquinas recreativas tipo B están sometidas a una imposición múltiple (tasa fiscal, gravamen complementario, Impuesto sobre Actividades Económicas, Impuesto sobre Sociedades e Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas) que no padecen otros sujetos pasivos dentro del propio sector del juego, como es el caso de las empresas de bingo, para las que la tasa se establece de manera parecida a un impuesto indirecto, permitiéndose su repercusión sobre el jugador y no recayendo, por tanto, sobre los beneficios de la empresa.

A juicio de la recurrente, esta diferencia de trato fiscal resulta contraria a las exigencias del principio de igualdad, tal como han sido formuladas por este Tribunal, por cuanto, pese a la apariencia de razonabilidad con que pretende recubrirse, carece de adecuación alguna en relación con el fin perseguido. La finalidad del art. 38.2 de la Ley 5/1990 parece consistir, según la enmienda parlamentaria que originó este precepto, en propiciar el control de los juegos de envite y azar, mas la medida adoptada carecería de virtualidad alguna para tal propósito, puesto que con ella lo único que se consigue es gravar de manera extrema a algunos empresarios del sector, no a todos, sin incidir en ningún caso en los eventuales jugadores.

En definitiva, entiende la demandante que no existe adecuación entre la medida adoptada y el fin perseguido (a tenor de la fundamentación de la enmienda parlamentaria) por falta absoluta de coherencia. Los destinatarios de la misma no son todos los juegos de suerte, envite o azar, a que se referiría aquella fundamentación, sino sólo las empresas operadoras de máquinas recreativas, por lo cual se incurre en discriminación, frente, por ejemplo, a los empresarios de salas de bingo, al propio Estado, titular y explotador de juegos de azar (lotería nacional, primitiva, quinielas) y a la O.N.C.E. Según la recurrente, ese diferente trato fiscal refleja una doble moral por parte del Estado, y pone sobre la pista de que la verdadera *intentio legis* sería de índole recaudatoria.

8. El Ministerio Fiscal formuló sus alegaciones mediante escrito, registrado de entrada en este Tribunal el 8 de abril de 1996. Tras advertir que en el presente recurso de amparo sólo deben ser objeto de examen las alegaciones relativas al art. 14 C.E., y no las que

se efectúan con cita de los arts. 9.3, 31.1, 38 ó 40 de la norma suprema, rechaza que exista la vulneración del principio de igualdad que denuncia la demanda de amparo por dos razones. En primer lugar, porque el resto de las empresas mercantiles e industriales a las que se alude difícilmente pueden ser tenidas en cuenta como *tertium comparationis*, no sólo porque el legislador atiende a las peculiaridades de cada tipo de actividad económica para establecer su régimen fiscal, sino también porque la Sentencia impugnada aporta criterios razonables que fundamentan la disparidad de trato, como es «el intento de desincentivación del juego». En segundo lugar, porque cuando en la demanda se alega que es contrario a la igualdad de hecho que todas las máquinas «tragaperras», pese a que sus ingresos son diversos, tengan la misma tributación, no se está atacando la igualdad, que es absoluta para todas las máquinas del tipo B, sino la falta de diferenciación, y, conforme a doctrina de este Tribunal, la discriminación por indiferenciación no se encuentra protegida por el art. 14 C.E.

Por todo lo anterior, el Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso de amparo por no resultar del proceso la lesión de los derechos fundamentales que sirven de apoyo a la demanda, aunque, dado que se encuentran pendientes ante el Pleno de este Tribunal diversas cuestiones de inconstitucionalidad sobre el art. 38.2 de la Ley 5/1990 en las que también se plantea, entre otros aspectos, la quiebra del art. 14 C.E., manifiesta la conveniencia de esperar a la resolución de las citadas cuestiones.

9. El Letrado de la Junta de Andalucía formuló sus alegaciones mediante escrito registrado de entrada en este Tribunal el 12 de abril de 1996. Suplica en dicho escrito que se declare inadmisibile el recurso de amparo o, en su caso, se desestime en todos sus extremos.

Se pone de manifiesto, en primer lugar, en dicho escrito que en la STC 126/1987 este Tribunal ya tuvo la ocasión de declarar la adecuación al art. 14 C.E. de un precepto análogo al art. 38.2.2 de la Ley 5/1990 (incluido en la Ley 5/1983), razón por la cual, de conformidad con el art. 50.1 d) LOTC debe declararse inadmisibile el presente recurso de amparo. En la misma línea, entiende el Letrado de la Junta de Andalucía que existe al menos una causa de inadmisibilidat parcial del recurso: en efecto, la recurrente fundamenta la violación del principio de igualdad en la discriminación que padecen las empresas explotadoras de máquinas recreativas frente a otros sectores empresariales, y en la existencia de un mismo tratamiento fiscal (una cuota única fija para cada máquina) para situaciones que son desiguales (los rendimientos de cada máquina recreativa varía en función de diversos factores). Este último motivo, sin embargo, no habría sido invocado en la vía judicial previa, por lo que, en virtud del art. 44.1 c) LOTC, debería ser objeto de inadmisión.

En cuanto a la cuestión de fondo, el Letrado de la Junta de Andalucía comienza rechazando la pretendida vulneración del art. 14 C.E. porque el sector empresarial dedicado a la explotación de las máquinas «tragaperras» se encuentre sometido a una imposición superior a la de otros sectores. En primer lugar, la hipotética inconstitucionalidad de la resolución judicial, según la demandante, no derivaría sólo de la aplicación del art. 38.2 de la Ley 5/1990, sino de la de todas las normas de carácter tributario que afectan a las empresas explotadoras de máquinas recreativas (incluidas el Impuesto sobre Sociedades y el I.R.P.F.); pero la sentencia impugnada no ha hecho aplicación de ese conjunto de preceptos, sino de uno sólo. En segundo lugar, frente a la exigencia del art. 49.1 LOTC, la demanda de amparo no concreta el origen de la vulneración jurídica producida. En tercer lugar, no se ofrece término alguno de

comparación para ilustrar la desigualdad que se denuncia, ya que la recurrente se limita a afirmar la existencia de una supuesta discriminación de las empresas explotadoras de máquinas recreativas respecto de las que se dedican a otras actividades, sin señalar supuesto alguno que pueda compararse al que se contempla. En cuarto lugar, bajo la invocación del art. 14 C.E., la entidad demandante pretende reproducir, fundamentando la petición de amparo, las alegaciones que, sin éxito alguno, hizo en la vía judicial previa acerca de la presunta contradicción del art. 38.2 de la Ley 5/1990 con los principios de capacidad económica e igualdad contributiva reconocidos en el art. 31.1 C.E. Tales alegaciones, sin embargo, no son atendibles en la vía de amparo porque, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, los arts. 14 y 31.1 de la C.E. tienen un diferente alcance, pues pueden existir violaciones del principio de igualdad tributaria consagrado en el art. 31.1 C.E. que no lo sean del genérico principio de igualdad recogido en el art. 14 C.E. Añade el Abogado del Estado que «es evidente que la invocación que se hace del principio de igualdad no puede residenciarse en el marco del art. 14 C.E., sin que, ni tan siquiera se atisbe en el texto del recurso elemento alguno que permita extraer la existencia de discriminación de especie de ningún tipo de la entidad recurrente en relación con el tratamiento ofrecido a otra u otras entidades o personas, o grupos de ellas».

También debe rechazarse, a juicio del Letrado de la Junta de Andalucía, que el art. 38.2 de la Ley 5/1990 vulnere el principio de igualdad porque asigne una cuota tributaria fija a la totalidad de las máquinas del tipo B, sin establecer distinciones en función de parámetros como la Comunidad Autónoma, el municipio o el local en el que se instalen, dado que, conforme a constante doctrina de este Tribunal, el art. 14 C.E. impide tratar desigualmente a los iguales, pero no excluye la posibilidad de que se trate igualmente a los desiguales.

Por lo que respecta a la denunciada vulneración del principio de capacidad económica recogido en el art. 31.1 C.E., el Letrado de la Junta de Andalucía, tras recordar que dicho precepto constitucional no goza de la especial protección del amparo, pone de relieve, a mayor abundamiento, que la normativa que grava la explotación de máquinas recreativas respeta tanto el principio de generalidad, al establecer una regulación general igual para todas las máquinas que presenten idénticas características, como el de capacidad económica, al gravar, tal y como exige este Tribunal, un índice claro de riqueza: la posesión de máquinas recreativas susceptibles de producir importantes rendimientos.

Por último, después de poner de manifiesto que la proporcionalidad a la que se refiere la demanda, los principios de progresividad y no confiscatoriedad que se recogen en el art. 31.1 C.E., la irretroactividad a la que alude el art. 9.3 C.E., o, en fin, los derechos a la propiedad (art. 33 C.E.) o a la libertad de empresa (art. 38 C.E.), constituyen principios o derechos que no pueden reclamarse en un recurso de amparo, rechaza de todos modos que cualquiera de ellos resulte vulnerado por la regulación tributaria que afecta a las máquinas recreativas. Por lo que a la progresividad respecta, además de que, conforme al art. 31.1 C.E., debe predicarse del sistema tributario en su conjunto, es un principio que no impide la existencia de tributos de cuota fija cuando las circunstancias concurrentes lo justifiquen objetiva y razonablemente, y así sucedería en este caso, en el que, como ha señalado el Tribunal Supremo, existe dificultad para conocer la concreta recaudación de cada máquina, circunstancia que, además, confirmaría la ausencia de toda vulneración del principio de igualdad tributaria. Tam-

bién habría que excluir que la imposición sobre las máquinas recreativas vulnere la prohibición de confiscatoriedad, ya que, además de que éste es un principio de difícil delimitación aplicable al sistema tributario en su conjunto, la propia recurrente llega a reconocer que la carga tributaria alcanza el 50 ó 60 por 100 del rendimiento neto de cada máquina. En fin, los argumentos expuestos obligarían a rechazar también la infracción de los derechos a la propiedad privada o a la libertad de empresa.

10. Por providencia de fecha 18 de marzo de 1999 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 22 de marzo de 1999.

II. Fundamentos jurídicos

1. La entidad mercantil demandante de amparo imputa las diversas lesiones de derechos fundamentales a la Sentencia dictada el 6 de marzo de 1995 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo en el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, siendo así que, en rigor, como advierte el Abogado del Estado, el presente recurso de amparo debe encuadrarse en la esfera del art. 43 LOTC. En efecto, la queja se dirige esencialmente frente a las actuaciones administrativas de gestión del tributo (confirmación de las autoliquidaciones y denegación del aplazamiento-fraccionamiento de pago), no reparadas ni en la vía de reclamación económico-administrativa ni en la ulterior contencioso-administrativa, afectantes a la liquidación, para el ejercicio de 1990, del gravamen complementario de la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar, creado por el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, de Medidas Urgentes en Materia Presupuestaria, Financiera y Tributaria. Se sustenta el agravio en la exacción de un tributo —el referido gravamen complementario— que se reputa inconstitucional por vulneración del principio de igualdad (art. 14 C.E.) y de otros principios y derechos constitucionales garantizados en los arts. 9.3, 31.1, 33, 38 y 40 de la Norma fundamental. A la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía únicamente se le reprocha no haber remediado la denunciada lesión constitucional.

2. De la pluralidad de preceptos, principios de muy diverso rango y derechos constitucionales citados en la demanda, es claro que, tal y como señalan el Fiscal, el Abogado del Estado y el Letrado de la Junta de Andalucía, conforme a los arts. 53.2 C.E. y 41.1 y 50.1 b) LOTC debemos excluir cualquier análisis que no vaya referido al principio de igualdad consagrado en el art. 14 C.E., único precepto citado en la demanda de amparo y en el escrito de alegaciones susceptible de fundar una pretensión constitucional de amparo.

Limitado así el recurso a su único objeto posible, es preciso, con carácter previo a la resolución del tema de fondo, examinar la causa de inadmisibilidad parcial del mismo que opone el Letrado de la Junta de Andalucía en su escrito de alegaciones, consistente en la falta de invocación formal de la vulneración de los derechos fundamentales en el proceso judicial. Alega dicho Letrado que durante el proceso contencioso-administrativo la entidad demandante únicamente denunció la discriminación que, a su juicio, padecían las empresas explotadoras de máquinas recreativas frente a otros sectores empresariales, omitiendo la referencia —que ahora se hace en la demanda de amparo y en el escrito de alegaciones que prevé el art. 52 LOTC— a la contradicción con el art. 14 C.E. que representa el establecimiento de un mismo gravamen para todas las máquinas «tragaperras» del tipo B. Ello, de conformidad con los arts. 44.1 c) y 50.1 a) LOTC, debería llevar a la inadmisión

del recurso por lo que a este concreto motivo de impugnación se refiere.

A este respecto, debe recordarse que, según constante doctrina de este Tribunal, el requisito previsto en el art. 44.1 c) LOTC —ineludible también en los recursos de amparo que, como el presente, son encuadrables en el art. 43 LOTC (SSTC 79/1984, 71/1989 y 170/1990, entre otras)— debe ser interpretado de manera flexible, de suerte que ha de entenderse cumplido si queda asegurada la finalidad a que responde de permitir a los Jueces y Tribunales examinar y, en su caso, restablecer el derecho fundamental vulnerado (SSTC 17/1982, 117/1983, 10/1986, 75/1988, 248/1993, 69/1997 y 188/1998, entre otras). Pues bien, basta acudir al fundamento jurídico 9.º de la Sentencia impugnada —que se pronuncia sobre la constitucionalidad del establecimiento de una cuota fija única para cada máquina recreativa— para constatar que el tema quedó acotado en términos que permitieron al órgano judicial pronunciarse sobre el mismo. En consecuencia, debe rechazarse la causa de inadmisión invocada.

3. En cuanto a la cuestión de fondo, por lo que se refiere a la pretensión de amparo dirigida, en último término, contra el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, por la presunta discriminación que padecerían las empresas explotadoras de máquinas recreativas frente a otros sectores empresariales, ha de señalarse que la misma ha sido resuelta definitivamente por la reciente STC 159/1997, del Pleno del Tribunal, a cuyos razonamientos —como ya hicimos en las SSTC 183/1997, 55/1998, 71/1998 y 137/1998— cumple ahora remitirse íntegramente.

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 C.E. frente a otro tipo de actividades económicas en general, o del propio sector del juego en particular, alegación en que se basa esencialmente el presente recurso. 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 C.E.», pues «específicamente no lo es, en cuanto aquí interesa, la del principio de igualdad en materia tributaria contenida en el art. 31 C.E., como así lo ha declarado con rotundidad este Tribunal en diversas ocasiones» (SSTC 19/1989, 53/1993 y 54/1993), 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 C.E., en realidad el recurrente de amparo venga a apoyarse en el art. 31.1 C.E., precepto éste que, como se ha dicho, no puede servir de fundamento a una pretensión en este proceso constitucional, por imperativo del art. 53.2 C.E. y del art. 41.1 LOTC» (fundamento jurídico 3.º). Concluimos así, y procede ahora recordarlo, 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 C.E. 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 C.E. 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*).

4. No mejor suerte debe correr la alegada vulneración del art. 14 C.E., que se produciría al establecer el art. 38.2 de la Ley 5/1990 un tratamiento tributario indiferenciado para todas las máquinas recreativas del tipo B, pese a que la explotación de éstas genera rendimientos diversos en función de la Comunidad Autónoma, el municipio o el local donde se instalen. Como advierten el Fiscal y el Letrado de la Junta de Andalucía, y señalamos en la STC 55/1998 (fundamento jurídico 3.º), lo que se está denunciando, en puridad, es una discriminación por indiferenciación, resultante de aplicar una misma cuota única para todas las máquinas de la misma categoría. Y, a este respecto, este Tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones que el principio constitucional de igualdad reconocido en el art. 14 C.E. reconoce el derecho a no padecer discriminaciones o diferencias carentes de justificación objetiva y razonable, pero no ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, esto es, el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato (SSTC 86/1985, fundamento jurídico 3.º; 19/1988, fundamento jurídico 6.º; 135/1992, fundamento jurídico 9.º, y 308/1994, fundamento jurídico 5.º). En suma, siendo ajena al ámbito de este precepto constitucional la llamada «discriminación por indiferenciación», la supuesta quiebra del principio de igualdad que se aduce por este motivo debe ser asimismo rechazada.

5. Finalmente, en la citada STC 159/1997 —y luego en las SSTC 183/1997 (fundamento jurídico 3.º), 71/1998 (fundamento jurídico 5.º) y 137/1998 (fundamento jurídico 2.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. 3.563, 3.564 y 3.565/1993 y 100/1994, declaró inconstitucional y nulo el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, por haber llevado a cabo este precepto, «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 C.E.» (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 legal, por supuesta vulneración del art. 14 C.E. Entre otros argumentos, expuestos en los fundamentos jurídicos 6.º y 7.º de la STC 159/1997, a los que procede remitirse íntegramente, señalamos allí, y cumple reiterar ahora, que la pura traslación, sin más, de la declaración de inconstitucionalidad, derivada de un proceso de este último género, al ámbito del proceso constitucional de amparo no es posible cuando tal declaración se asienta en normas constitucionales excluidas de éste (y que delimita el art. 53.2 C.E.). Y es que los derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo constitucional en el proceso que lleva este nombre son solamente aquellos a los que se refiere el expresado art. 53.2 C.E., es decir, los reconocidos y declarados en los artículos 14 a 30 C.E.

La aplicación de tal doctrina al supuesto debatido lleva a la denegación del amparo también por este motivo, ya que, como dice la STC 159/1997 (fundamento jurídico 6.º, *in fine*), «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 C.E., y este principio, por imperativo de los arts. 53.2 C.E. y 41.1 LOTC, queda extramuros del proceso de amparo, como reiteradamente ha declarado este Tribunal (SSTC 165/1993, 233/1993 y 28/1994, entre otras). Ello implica, en suma, sigue diciendo la STC 159/1997 en términos que son aplicables al supuesto de que se conoce en el presente recurso, que no cabe la nueva remisión a lo decidido en la STC 173/1996, «en atención a los presupuestos de la jurisdicción de este Tribunal en el proceso de amparo» (fundamento jurídico 6.º, *in fine*).

Todo lo expuesto conduce, en definitiva, como consecuencia de aplicar la doctrina sentada por el Pleno del Tribunal en la STC 159/1997 —al igual que ya se hizo en las SSTC 183/1997, 55/1998, 71/1998 y 137/1998—, 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 CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por «Gasparín, S. A.».

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

Dada en Madrid, a veintidós de marzo de mil novecientos noventa y nueve.—Pedro Cruz Villalón.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—Pablo Cachón Villar.—Fernando Garrido Falla.—María Emilia Casas Baamonde.—Firmados y rubricados.

Voto particular discrepante que formula el Magistrado Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la Sentencia recaída en el recurso de amparo núm. 1.574/95, al que presta su adhesión el Magistrado Fernando Garrido Falla

En esta Sentencia se aplica la doctrina sentada por el Pleno del Tribunal en la STC 159/1997. De esta última Sentencia discrepé y expuse mi opinión contraria en el correspondiente voto particular.

Dije entonces, y ahora repito, que apoyar una Sentencia en un precepto legal que este Tribunal ha declarado inconstitucional y nulo produce desazón, en el sentido de inquietud interior. El 31 de octubre de 1996, por nuestra STC 173/1996, decidimos que el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990 fuera erradicado del ordenamiento jurídico al producir esa norma «una vulneración del principio de seguridad jurídica garantizado por el art. 9.3 de la Constitución». El precepto maldito se sigue aplicando. En esta Sentencia se integra, como si fuese una norma válida, en los fundamentos que sirven para denegar el amparo.

Mi discrepancia, por ello, ha de ser radical. En aquel Voto particular quedaron expuestas las razones que fundamentan mi tesis y a ellas me remito.

Publíquese este voto en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, a veintidós de marzo de mil novecientos noventa y nueve.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Firmado y rubricado.

9281 *Sala Segunda. Sentencia 37/1999, de 22 de marzo de 1999. Recurso de amparo 3.494/1995. Contra Auto de la Audiencia Provincial de Madrid que desestimó recurso de apelación interpuesto contra Auto del Juzgado de Instrucción núm. 9 de Madrid que acordó apartar a la recurrente en su condición de acusación particular en procedimiento abreviado seguido por supuestos delitos de estafa y falsedad. Supuesta vulneración del principio acusatorio: pérdida del objeto del amparo.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Carles Viver Pi-Sunyer, Presidente; don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Tomás S. Vives Antón, don Vicente Conde Martín de Hijos y don Guillermo Jiménez Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3.494/95, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Albito Martínez Díez, en representación de la entidad «Banco Atlántico, Sociedad Anónima», con la asistencia letrada de doña Rosa Bedregal Serrano, contra el Auto de 5 de septiembre de 1995, dictado por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 7 de marzo de 1995, del Juzgado de Instrucción núm. 9 de Madrid, dictado en el procedimiento abreviado núm. 1.973/91. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y ha sido parte don Juan Carlos Ureta Domingo, representado por el Procurador de los Tribunales don Carlos Mairata Laviña y asistido por el Letrado don Jaime Guerra Calvo. Ha sido Ponente el Magistrado don Tomás S. Vives Antón, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 17 de octubre de 1995, el Procurador de los Tribunales don Albito Martínez Díez, en nombre y representación de la entidad «Banco Atlántico, Sociedad Anónima», interpuso recurso de amparo contra el Auto de 5 de septiembre de 1995, de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 7 de marzo de 1995, del Juzgado de Instrucción núm. 9 de Madrid, dictado en el procedimiento abreviado núm. 1.973/91, y acordó apartar del proceso a la recurrente en su condición de particular por tener también, desde el Auto de apertura del juicio oral impugnado, la condición de parte acusada en concepto de responsable civil subsidiario.

2. El recurso de amparo se fundamenta en los siguientes hechos:

a) En virtud de querrela presentada por la entidad recurrente de amparo contra don Francisco Casas Aybar y otros, por los posibles delitos de estafa y falsedad, en el Juzgado de Instrucción núm. 9 de Madrid se siguieron las diligencias previas núm. 1.973/91. Por Auto de 28 de abril de 1994, el Juzgado acordó la continuación de la causa como procedimiento abreviado y dio traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las acusaciones particulares para el trámite previsto en el art. 790.1 L.E.Crim.

b) El Ministerio Fiscal formuló escrito de acusación contra don Francisco Casas Aybar, por un delito continuado de falsedad en documento mercantil en con-