

**20592** *Sala Segunda. Sentencia 173/2002, de 9 de octubre de 2002. Recurso de amparo 3644/99. Promovido por la Generalidad de Cataluña frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que estimó parcialmente la demanda de don Manuel Martínez Calderón sobre devolución de ingresos por la tasa fiscal del juego.*

*Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con garantías: derechos fundamentales de los entes públicos; Sentencia no fundada en Derecho porque inaplica una ley autonómica vigente, que establece un recargo tributario, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Tomás S. Vives Antón, Presidente, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña Elisa Pérez Vera y don Eugeni Gay Montalvo, Magistrados, ha pronunciado

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3644/99, promovido por la Generalidad de Cataluña, con la representación procesal y defensa del Abogado don Ramón Riu i Fortuny, contra el Auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de julio de 1999, por el que se desestima el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la Sentencia de la misma Sección, de 24 de diciembre de 1998, recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 2011/94 seguido por don Manuel Martínez Calderón contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña de fecha de 12 de septiembre de 1994, sobre rectificación de autoliquidaciones en concepto de recargo autonómico en la tasa fiscal sobre el juego, establecido por la Ley del Parlamento de Cataluña 2/1987, de 5 de enero. Han comparecido el Abogado del Estado; don Manuel Martínez Calderón, representado por la Procuradora doña Dolores Martín Cantón y defendido por el Letrado don Jorge Robles González; y L'Associatió Nacional d'Empresaris de Màquines Recreatives (Andemar-Catalunya), representada por la Procuradora doña Rosalía Rosique Samper y defendida por el Letrado don Francisco Javier Miró García, y ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Cachón Villar, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado ante este Tribunal el día 31 de agosto de 1999, el Abogado don Ramón Riu i Fortuny, en nombre y representación de la Generalidad de Cataluña, interpuso recurso de amparo constitucional contra las resoluciones antes mencionadas.

2. La demanda se basa en los siguientes hechos:

a) El 7 de septiembre de 1993, don Manuel Martínez Calderón, como titular de una serie de máquinas recreativas tipo «B», solicitó de la Delegación Territorial de Barcelona (Departamento de Economía y Finanzas

de la Generalidad de Cataluña) la rectificación de las autoliquidaciones correspondientes a los ejercicios 1988 a 1992, relativas a la tasa fiscal sobre el juego, incluido el recargo del 20 por 100 establecido por la Ley del Parlamento de Cataluña 2/1987, de 5 de enero, y la devolución del importe de cantidades ingresadas indebidamente. Dicha petición fue desestimada por Acuerdo de fecha de 3 de diciembre de 1993, del Servicio de Gestión Tributaria, que confirmó las citadas autoliquidaciones. Contra esta resolución interpuso el interesado reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña, a la que se acumuló también la petición relativa a la anualidad de 1993, reclamación que fue desestimada por Resolución de 12 de septiembre de 1994.

b) El interesado interpuso recurso contencioso-administrativo (núm. 2011/94) contra esta última resolución. La súplica de la demanda se formulaba en los siguientes términos: «1. Vistos los arts. 163 de la Constitución, 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con suspensión del plazo para dictar sentencia, se dicte Auto acordando elevar al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 38.Dos.1 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre Medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria, así como el apartado A) a) del número Dos del artículo 3.4 del Real Decreto Legislativo 16/1977, de 27 de febrero, según la redacción dada por la Ley 5/1990, ya que resulta inconstitucional la nueva cuantía de la tasa para los ejercicios 1991 y siguientes, en cuanto pudiera vulnerar los preceptos de capacidad económica e igualdad, de prohibición de la confiscatoriedad, con el consiguiente atentado a la propiedad privada y a la libre empresa, consagrados en los arts. 1.1, 14, 31.1, 33, 38 y 40.1 de la Constitución. 2. Declarada por el Tribunal Constitucional la nulidad del precepto cuya constitucionalidad se postula, dicte Sentencia por la que se anule la Resolución del TEAR de Catalunya y los actos administrativos que dicha Resolución confirma, ordenando se practiquen nuevas liquidaciones conforme a las pretensiones reseñadas en su título; b) la devolución de 801.436.303 ptas., más el interés legal; c) la devolución de la parte de cuota exigible que no responde a los rendimientos realmente obtenidos en el ejercicio, con más el interés legal, fijándose la cuantía en ejecución de sentencia; y d) la indemnización por daños y perjuicios causados en la cuantía que se fije en ejecución de sentencia». Interesa señalar, a los fines del presente recurso de amparo, que en la suma de 801.436.303 pesetas, cuya devolución se postula, está incluida, según resulta de los términos de la demanda contencioso-administrativa, la cantidad total abonada en los años a los que corresponden las autoliquidaciones cuestionadas, en concepto del recargo autonómico del 20 por 100 sobre la cuota de la tasa fiscal del juego, creado por la Ley 2/1987, de 5 de enero, ascendente a la suma de 229.113.342 pesetas.

c) El recurso contencioso-administrativo fue parcialmente estimado por Sentencia de 24 de diciembre de 1998, en la que se anulaba la resolución impugnada y reconocía «el derecho de la parte recurrente a la devolución de las siguientes cantidades indebidamente ingresadas: a) de la cuota establecida por el art. 38.Dos de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre Medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria, por explotación de máquinas recreativas tipo 'B' o 'C' (el llamado gravamen complementario). b) de la cantidad resultante por aplicación del incremento o coeficiente 1,05 establecido

en los artículos correspondientes de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los ejercicios 1992 y 1993. c) de la totalidad del recargo autonómico creado por la Ley del Parlamento de Cataluña 2/87, cantidades todas ellas que se determinarán en ejecución de sentencia». Asimismo la Sentencia acordaba «[la] desestimación de las demás pretensiones contenidas en la demanda».

d) Se señala en la demanda de amparo, en relación con los pronunciamientos transcritos, lo que a continuación se indica:

En primer lugar, y respecto del apartado a) del fallo, que la STC 173/1996, de 31 de octubre, ya había declarado la inconstitucionalidad del gravamen complementario de la tasa fiscal del juego establecida en el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, «es decir, de aquel gravamen de singular aplicación únicamente a los primeros seis meses del año 1990».

En segundo lugar, y por lo que se refiere al apartado b) del fallo, que la STC 296/1994, de 10 de noviembre, había establecido la naturaleza impositiva de la llamada tasa fiscal sobre el juego que grava las máquinas tragaperras, y que la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1998, al resolver un recurso de casación en interés de ley, había establecido que, dada la naturaleza impositiva de la tasa fiscal del juego, no era de aplicación a la misma la elevación por coeficiente que el art. 83.1 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1992, había establecido con carácter general para las tasas de la hacienda estatal.

En tercer lugar, y en relación con el apartado c) del fallo, que este apartado se refiere al recargo autonómico creado por la Ley del Parlamento de Cataluña 2/1987, de 5 de enero, ascendente a un 20 por 100 sobre la cuota tributaria de la tasa fiscal del juego, hasta su actual regulación en los arts. 33 y 34 de la Ley del Parlamento de Cataluña 25/1998, de 31 de diciembre. Remarca, al efecto, quien recurre en amparo que «el TSJC reconoció en dicho apartado c) de la Sentencia un derecho a la devolución de la integridad de las cantidades liquidadas en concepto de recargo autonómico, y no únicamente a la devolución de aquella parte de ese recargo que pudiera corresponder al incremento proporcional del gravamen complementario y de los incrementos de la cuota a los que se refieren los apartados a) y b) del propio fallo». Añade el demandante de amparo que es por ello por lo que en este recurso «la Generalidad no pide el amparo frente a lo dispuesto en dichos apartados a) y b), sino únicamente frente a lo dispuesto en el apartado c) de aquella Sentencia».

e) La demanda de amparo reproduce a continuación la primera parte del fundamento jurídico cuarto de la Sentencia ahora recurrida, dado que es «el antecedente de lo resuelto en el apartado c) del fallo», relativo al recargo autonómico. La segunda parte de dicho fundamento se refiere a otra petición de la demanda, la relativa a «la devolución de la parte de cuota exigible que no responde a los rendimientos realmente obtenidos en el ejercicio, con más el interés legal, fijándose la cuantía en ejecución de sentencia». Dice así dicho fundamento jurídico en relación con el recargo autonómico:

«Cuarto.—Cuestiona la recurrente también que es nulo —que no inconstitucional— el recargo de la Ley 2/1987 sobre el Impuesto que grava las máquinas recreativas con premio, que comporta una minoración sobre los ingresos del Estado por el IRPF, pues el recurrente ejerce como persona física la actividad de empresa operadora de máquinas recreativas del tipo 'B', teniendo sujetos

sus rendimientos al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Y tiene en este punto especial relevancia la naturaleza jurídica del tributo —naturaleza como hemos visto impositiva— dada su configuración como recargo autonómico, ya que la figura salva su propia constitucionalidad respecto a la posibilidad de establecerse por la Comunidad Autónoma sobre un impuesto cedido, pero no resuelve la legalidad del tributo que incrementa, que no posee naturaleza y estructura independiente —lo que además impedirían los límites de la LOFCA y la unidad del sistema tributario en su relación con otros impuestos, y por diversos motivos: a) especial dificultad presenta su armonización con aquellos otros impuestos en los que el hecho imponible lo constituyen la obtención de rentas por el sujeto pasivo como en el IRPF o en el IS —pues el verdadero fin de la Tasa Fiscal consiste en gravar la capacidad contributiva manifestada por la obtención de rendimientos de tal manera que existe coincidencia en el hecho imponible—, o con el IAE que grava el mero ejercicio en territorio nacional de actividades empresariales. b) por aplicación de los arts. 12.2 de la LOFCA, en tanto que por un lado como recargo deducible supone una minoración de los ingresos del Estado por el IRPF (dada la naturaleza de este último de impuesto estatal no cedido que grava la renta de las personas físicas, en relación con el art. 42 de la Ley 18/1991, de 6 de junio —en los mismos términos que el art. 19.1.a de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, y el art. 13.a de la Ley 16/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades), al permitirse la deducción de los “recargos no estatales” cualquiera que sea su denominación siempre que incidan sobre los rendimientos computados o los bienes productores de los mismos y no tengan carácter sancionador, requisitos que aquí se cumplen. El recargo únicamente gravita sobre la existente regulación estatal, cuyo régimen jurídico y configuración legal no está suficientemente predeterminada y no por una simple cuestión de denominación o nomenclatura de la figura tributaria, sino porque, como hemos vistos, ese vacío afecta a su propia esencia —con todas las consecuencias que dimanar de su naturaleza, configuración y estructura específica legalmente establecida, y sobre la que recae el “recargo autonómico”, que, de quedar subsistente, devendría en figura independiente sin serlo, careciendo, como hemos visto, por propia esencia de configuración y estructura propias, ya que participa de la que le confiere el tributo base, debiendo éste ser aplicable con plena licitud y validez para que a su vez la aplicación del recargo sea conforme a Derecho. En definitiva, si se trata de un ‘recargo’ sobre un tributo estatal cedido, la cesión competencial no lo es en sede legislativa, por tanto necesita de una figura tributaria (tasa o impuesto) plenamente acorde al ordenamiento jurídico, y más aún, en el improbable caso de sostenerse que se trata de un impuesto propio por haberse transferido a la Comunidad Autónoma todas las competencias en cuanto al juego (incluso las que corresponden al establecimiento de un tributo propio, lo que es dudoso atendidos los términos de la Ley 41/1981), su configuración debería ser distinta a la de un recargo con definición propia de todos los elementos esenciales del tributo y atendiendo siempre a las limitaciones impuestas por la LOFCA para lograr la debida coordinación de los respectivos sistemas de financiación estatal y autonómica y garantizar el adecuado posicionamiento de la nueva figura en la estructura del sistema tributario en su conjunto. Y todo ello sin olvidar la problemática que plantea la existencia de un recargo establecido por y para la misma Administración a quien se ha cedido el rendimiento del impuesto en tanto que comporta un incremento del impuesto base que precisa de

la correspondiente justificación económica y con estricta sujeción a la técnica legislativa aplicable. Ello nos lleva también a estimar que no es conforme a Derecho —no por ser inconstitucional sino por razones de legalidad ordinaria— la liquidación en lo que al recargo autonómico se refiere por lo que procederá asimismo su devolución en los términos interesados por la parte recurrente, más los intereses legales que procedan de acuerdo con el R.D. 1163/1990, asimismo aplicable».

Dice la demanda de amparo que «el TSJC ha fundado en las razones expuestas el reconocimiento de un derecho de D. Manuel Martínez Calderón a obtener la devolución de la integridad de las cantidades liquidadas en concepto del recargo autonómico de la tasa estatal de las máquinas tragaperras, lo que supone, en realidad, la inaplicación directa por el TSJC de la Ley catalana 2/1987, de 5 de enero, por el que se estableció en Cataluña dicho recargo».

f) Señala la demanda de amparo que «la Administración de la Generalidad de Cataluña, considerando que la sentencia le causaba indefensión y vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, planteó incidente de nulidad contra la sentencia, por entender que el pronunciamiento relativo a la devolución del recargo autonómico incurría en incongruencia, tanto respecto de las pretensiones del recurrente como de los límites constitucionales dentro de los cuales se puede pronunciar la jurisdicción contencioso-administrativa».

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó Auto el 28 de junio de 1999, que desestimó el incidente de nulidad y confirmó la Sentencia en todos sus extremos.

Se señala asimismo en la demanda de amparo —en relación con la argumentación contenida en el Auto sobre la posibilidad que había tenido la Administración de oponer cuantos argumentos tuviera por conveniente en defensa de su posición tanto en la contestación a la demanda como en el trámite de conclusiones— que «la vulneración de la tutela judicial efectiva se produjo en el momento en que la Sentencia inaplicó la Ley catalana, por lo que difícilmente podía haber sido invocada en un momento procesal anterior».

g) La demanda de amparo concluye la exposición de hechos del modo que a continuación se expresa: «1) El apartado c) del fallo de la Sentencia del TSJC reconoció un derecho a la devolución de la integridad de las cantidades liquidadas en concepto de recargo autonómico y no únicamente a la devolución de aquella parte de ese recargo que correspondiera proporcionalmente al gravamen complementario y a los incrementos de cuota a los que se refieren los apartados a) y b) del propio fallo. 2) Tal determinación comporta la inaplicación absoluta de la Ley catalana 2/1987, de 5 de enero, por la que se estableció un recargo sobre la tasa estatal que grava las máquinas tragaperras. 3) El Tribunal basa la nulidad y la subsiguiente inaplicación de la Ley autonómica en una supuesta incompatibilidad con los límites de la LOFCA y la unidad del sistema tributario, debido a que resulta difícil la armonización con otros impuestos que gravan la obtención de rentas y porque el recargo supone una disminución de los ingresos del Estado por el IRPF. 4) Estima también la Sentencia que es constitucional establecer un recargo sobre la tasa estatal del juego por su naturaleza de impuesto cedido, si bien este punto no subsana la ilegalidad del tributo al no tener éste, a juicio del TSJC, naturaleza y estructura independiente y no estar suficientemente predeterminados su régimen jurídico y configuración legal. 5) El Auto resuelve que las determinaciones de la Sentencia

no incurrieran en incongruencia ni producían indefensión ni vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, y que no procedía plantear la cuestión de inconstitucionalidad en relación con la Ley catalana 2/1987 por ser una facultad exclusiva del Tribunal, “y que sólo debe utilizar cuando entienda que una norma con rango legal pueda ser contraria a la Constitución —y nunca por razones de mera legalidad—”, y por no haberse opuesto en un momento procesal anterior la Administración autonómica a la inaplicación de la Ley 2/87».

3. En su demanda de amparo aduce la recurrente la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), alegando explícitamente la incongruencia y la inexistencia de motivación jurídica, en los términos que, de forma sustancial, se indica a continuación:

En primer lugar, expone sus alegaciones bajo el epígrafe siguiente: «El Auto y la Sentencia se fundan en una motivación manifiestamente errónea, irrazonable y arbitraria». Alega la parte recurrente que las resoluciones impugnadas en amparo «resuelven el proceso contencioso y el incidente de nulidad sin plantear una cuestión de inconstitucionalidad contra la vigente Ley del Parlamento de Cataluña 2/1987, de 5 de enero, por la que se estableció un recargo sobre la tasa estatal que grava las máquinas tragaperras, pero dejando de aplicar sus mandatos por la simple invocación de unas indescribibles y no explicadas “razones de legalidad ordinaria” o “de mera legalidad”, con la consecuencia de reconocer a la parte actora de aquel proceso contencioso-administrativo un inexistente derecho a obtener la devolución de la totalidad de las cantidades ingresadas en concepto de dicho recargo tributario».

Por ello afirma dicha parte que, «al no plantear la cuestión de inconstitucionalidad y, sin embargo, inaplicar una ley preconstitucional vigente», han de imputarse a dichas resoluciones judiciales: a) una vulneración del deber constitucional de los jueces de actuar sometidos al imperio de la ley; b) una vulneración de la reserva al Tribunal Constitucional del control de la constitucionalidad de las normas con rango de ley de las Comunidades Autónomas; c) una vulneración equivalente del art. 40 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, según el cual las leyes de Cataluña están excluidas del recurso contencioso-administrativo y únicamente sujetas al control de su constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional; d) un exceso de jurisdicción al invadir la reserva al Tribunal Constitucional «de la potestad de enjuiciar las leyes tanto estatales como de la Generalidad de Cataluña o de otras Comunidades Autónomas»; e) una vulneración del deber de los Tribunales de resolver los asuntos «ateniéndose al sistema de fuentes establecido». En apoyo de su afirmación de que de este modo se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cita las SSTC 23/1988 (FJ 1), 90/1990 (FJ 4) y 12/1991 (FJ 2).

Alega igualmente la recurrente en amparo, con cita de la STC 173/1996, de 31 de octubre, que «el Tribunal Constitucional únicamente tiene declarada la inconstitucionalidad del gravamen complementario de la tasa fiscal del juego... establecido singular y retroactivamente dentro del año 1990 por el art. 38.Dos.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, con el objeto de igualar la cuota anual dentro de aquel año a la que se fijaba para años sucesivos». Añade a continuación que «en ningún momento se ha declarado la inconstitucionalidad ni ha sido expulsado del ordenamiento jurídico el artículo tercero, apartado cuarto, dos, A) a) del Real Decreto Ley 16/1977, de 25 de febrero, en la redacción que le dio el art. 38.Dos.1 de la misma Ley 5/1990, por la que se establecía la cuota anual de las máquinas tipo ‘B’

en 375.000 pesetas». Dice igualmente dicha parte que, existiendo la regulación legal del recargo autonómico, no puede dejar de aplicarse éste afirmando, «como hace el TSJC, que 'su régimen jurídico y su configuración legal no está suficientemente predeterminada'», y que tampoco pueden conducir a tal inaplicación «unas oscuras consideraciones, expresadas por el TSJC en la Sentencia, acerca de una supuestamente difícil armonización entre el hecho imponible de la tasa fiscal sobre el juego y el del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, o la consideración de que si el recargo autonómico puede suponer una minoración de los ingresos estatales por la recaudación del IRPF».

En segundo lugar, la Administración recurrente desarrolla sus argumentos bajo el epígrafe: «El Auto y la Sentencia son incongruentes con las peticiones de las partes». Afirma, al respecto, que la pretensión deducida en vía contencioso-administrativa «se concretó en dos peticiones inescindibles, consecutivas y condicionada la segunda a la primera» [que se expresan en el apartado b) de estos antecedentes]. En consecuencia, el demandante en el proceso contencioso-administrativo «fundó exclusivamente en la consideración de la inconstitucionalidad de la regulación legal de la tasa fiscal del juego sus peticiones». Pues bien, según alega la recurrente, si bien el gravamen complementario regulado en el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990 ya había sido declarado inconstitucional por la STC 173/1996, y «respecto del incremento general de las tasas establecido en el art. 83.1 de la Ley 31/1991, la STS de 14 de marzo de 1998, en relación con la STC 296/1994, ya había determinado su no aplicabilidad a la tasa fiscal del juego, con lo que en esos aspectos la resolución del TSJC no se encontraba vinculada por las referidas normas legales, en cambio, en lo que se refiere al recargo establecido en la Ley catalana 2/1987, el TSJC únicamente podía resolver o bien la formulación de una cuestión de inconstitucionalidad o la desestimación de lo pedido por pura aplicación de esa Ley catalana».

La recurrente en amparo afirma, igualmente, que la lesión del derecho fundamental no se produce por la opción asumida por el órgano judicial de no plantear la cuestión de inconstitucionalidad sino «por la decisión de no aplicar la Ley», máxime cuando la constitucionalidad de dicha Ley 2/1987 había sido ya declarada por la STC 296/1994, al resolver cuestión de inconstitucionalidad planteada por la misma Sección que dictó la Sentencia y Auto ahora recurridos en amparo.

La demanda de amparo concluye con la solicitud de que se dicte Sentencia otorgando el amparo, con la declaración de nulidad del Auto de 28 de julio de 1999 y de nulidad parcial de la Sentencia de 24 de diciembre de 1998, en lo que se refiere al apartado c) del fallo, dictadas ambas resoluciones por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, reconociendo el derecho de la recurrente en amparo «a la tutela judicial efectiva y a obtener una sentencia fundada en derecho, retro trayendo las actuaciones al momento anterior a dictar la Sentencia anulada parcialmente a fin de que por aquella Sala pueda adoptarse en el recurso contencioso-administrativo núm. 2011/1994 una nueva resolución conforme a Derecho y dentro de los límites constitucionales y legales de aquella Jurisdicción».

4. Por providencia de 6 de abril de 2000 la Sala Segunda acordó admitir a trámite la demanda y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, dirigir atenta comunicación a la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para que remitiese certificación o fotocopia verdadera de las correspondientes actuaciones, intere-

sando igualmente del órgano judicial que previamente emplazase a quienes hubieran sido parte en el procedimiento para que, si así lo desearan, pudiesen comparecer, en el plazo de diez días, en el presente proceso constitucional.

5. Por escrito registrado en este Tribunal con fecha de 19 de julio de 2000, doña Dolores Martín Cantón, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don Manuel Martínez Calderón, solicitó se le tuviese por comparecida como parte.

6. La Sala Segunda, por providencia de 25 de julio de 2000 acordó tener por personada y parte en el procedimiento a la Procuradora doña Dolores Martín Cantón, en nombre y representación de don Manuel Martínez Calderón, y dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal para que, dentro del plazo común de veinte días, presentaran las alegaciones que estimasen pertinentes, según determina el art. 52.1 LOTC.

7. El día 3 de agosto de 2000 presentó sus alegaciones el Abogado del Estado, suplicando el otorgamiento del amparo solicitado, ya que cabía entender que se habían ignorado las garantías procesales de la demandante de amparo para hacer valer la constitucionalidad de la Ley del Parlamento de Cataluña 2/1987, de 5 de enero. En efecto, a juicio de aquél, «la nulidad de una Ley sólo puede resultar de su inconstitucionalidad», y por tanto «no corresponde a la jurisdicción ordinaria hacer ningún juicio respecto de la validez y eficacia de una Ley y, menos todavía, abstrayéndose de la existencia de un posible vicio de inconstitucionalidad que podría fundamentar el planteamiento de la oportuna cuestión de inconstitucionalidad». Así las cosas, «el órgano jurisdiccional *a quo*, a través del artificio de distinguir entre la nulidad de la Ley e inconstitucionalidad de la misma, entiende (fundamento jurídico cuarto de la Sentencia de 24 de diciembre de 1998) que "el recargo únicamente gravita sobre la existente regulación estatal, cuyo régimen jurídico y configuración legal no está suficientemente predeterminada y no por una simple cuestión de denominación o nomenclatura de la figura tributaria, sino porque de quedar subsistente devendría en figura independiente sin serlo, careciendo de configuración y estructura"».

Añade el Abogado del Estado que «el sometimiento de los Jueces y Tribunales al "imperio de la ley" (ex artículo 117.1 de la CE) hace que aquéllos si tienen dudas respecto de la validez (eventual nulidad) de una norma legal postconstitucional, deben plantear la oportuna cuestión de inconstitucionalidad, conforme al artículo 163 de la CE y no erigirse en juzgadores de aquélla». Como ha declarado este Tribunal Constitucional (STC 12/1991, de 28 de enero, FJ 2), hay una indebida denegación de la tutela judicial cuando «el órgano judicial, desconociendo la ordenación constitucional y legal sobre el control de normas, quiebre el derecho del justiciable a que su pretensión sea resuelta según el sistema de fuentes establecido, y no aplicando la regla en que la pretensión se basa sin tener en cuenta la ordenación de los controles normativos (arts. 106.1 y 163 CE), y entre ellos la cuestión de inconstitucionalidad a través de la cual se consigue garantizar al mismo tiempo la sujeción de los órganos judiciales a la Ley y a la Constitución (STC 17/1981), añadiéndose a continuación que dentro de la prestación que supone la tutela judicial se integra así el sometimiento del Juez a la Ley para resolver la pretensión planteada antes él».

Igualmente, la STC 90/1990, de 23 de mayo, FJ 4, determina que «el control por parte de este Tribunal

de la selección de la norma aplicable llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales sólo podrá producirse, en términos generales, si se ha desconocido o no se ha tenido en cuenta por el Juez la ordenación constitucional y legal de los controles normativos (arts. 106.1 y 163 de la Constitución), por ejemplo, no aplicando directamente una ley por entenderla incompatible con la Norma Fundamental sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad (STC 23/1988, FJ 1).

Por todas estas consideraciones entiende el Abogado del Estado que dado que no corresponde al órgano jurisdiccional a quo «hacer un juicio sobre la “nulidad” de normas legales postconstitucionales, al hacerlo, sin plantear la oportuna cuestión de inconstitucionalidad, ha irrogado a la recurrente indefensión», concluyendo su exposición diciendo que «resulta evidente la extralimitación de las resoluciones judiciales recurridas y la procedencia de otorgar el amparo solicitado».

8. La recurrente de amparo presentó su escrito de alegaciones el día 20 de septiembre de 2000, insistiendo en los mismos argumentos que había esgrimido en su demanda de amparo.

Asimismo, hizo referencia en su escrito de alegaciones a la interposición por dicha parte de un recurso de casación en interés de la ley (recurso 4454/1999) contra la Sentencia de 24 de diciembre de 1998 (ahora recurrida en amparo), que fue resuelto por Sentencia de 4 de julio de 2000, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Esta Sentencia de casación declaró no haber lugar al recurso, si bien, señala la recurrente en amparo, puntualizó previamente en el fundamento jurídico tercero dos extremos importantes, que se indican a continuación. En primer lugar, según indica la Administración recurrente, «calificó de improcedente que tal recargo sea incrementado mediante la aplicación de los coeficientes anuales fijados en las leyes de presupuestos para el incremento de las tasas». Y añade que, en segundo lugar, «y de forma especialmente destacada, el Tribunal Supremo añadió: “mas, de otra parte, resulta también indudable que el mencionado recargo autonómico creado por la Ley 2/1987 del Parlamento de Cataluña es perfectamente constitucional, como expresamente declaró la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 1994 y, por consecuencia, plenamente exigible...”». En relación con este extremo señala la parte recurrente que, como ya había indicado en la demanda de amparo [fundamento jurídico primero, letra b)], no existe incompatibilidad entre el recurso de amparo constitucional y el recurso de casación en interés de la ley ante el Tribunal Supremo, pues la Sentencia que pudiera recaer en éste «en nada afectaría a la situación jurídica particular derivada del fallo impugnado y, en todo caso, no tendría incidencia en el presente recurso de amparo, en el que se examina si existió la invocada vulneración constitucional» (STC 122/1998, de 15 de junio).

9. Igualmente, la Procuradora de los Tribunales doña Dolores Martín Cantón, en nombre y representación de don Manuel Martínez Calderón, cumplimentó el mismo día 20 de septiembre el trámite concedido.

Opuso, en primer lugar, una causa de inadmisibilidad de la demanda de amparo. En efecto, a juicio de esta representación procesal, dado que la Administración recurrente constituye un poder público y, como tal, es titular de potestades exorbitantes que afectan a la esfera de actuación del administrado, y visto que las liquidaciones anuladas por la Sentencia objeto de este recurso constituyen actos administrativos, que representan el interés perseguido por la Administración, concluye que ésta, conforme a la doctrina de este Tribunal Constitucional (por ejemplo, en SSTC 64/1988, 257/1988,

y 123/1996, así como ATC 63/1997), no puede disponer del recurso de amparo como una vía de defensa de sus actos o potestades; es decir, no puede recabar para sí la vía excepcional de la jurisdicción constitucional «para lograr el mantenimiento de sus propios actos previamente anulados judicialmente, pues en estos casos carecen (las Administraciones públicas) de la necesaria legitimación», lo cual impone la inadmisión del recurso de amparo promovido por falta de legitimación de la Administración recurrente.

Por otra parte, y ya con relación a las vulneraciones alegadas por la Administración recurrente, las considera inexistentes ya que la Sentencia impugnada «ni inaplica ni declara la inconstitucionalidad de la Ley catalana 2/1987, ni se apoya en una motivación errónea, arbitraria e infundada» pues, a su entender, «lo que la Sentencia hace... es enjuiciar unos actos dictados en aplicación de la Ley catalana 2/1987 y declarar nulos tales actos no por razón de la propia Ley (respecto de la que no se vierte ninguna declaración de nulidad o inconstitucionalidad), sino porque tales actos, las concretas liquidaciones, en cuanto al recargo autonómico, se habían quedado sin una base válida, cuantificada previamente por la Administración, sobre la que recaer». Añade que «esto era así porque en tales concretas liquidaciones la Tasa sobre el Juego, que habría de servir de base al recargo autonómico establecido por la Ley 2/1987, integraba los elementos que según habían declarado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo eran nulos», por cuanto «en las liquidaciones discutidas se había aplicado un recargo sobre una cuota estatal salida a partir de unos elementos tributarios (el incremento anual y el gravamen complementario, según los casos), que en buen derecho no eran válidos». Señala igualmente que «esa irregularidad de los elementos tributarios mencionados hacía irregulares las liquidaciones practicadas y por tanto, si estas eran contrarias a Derecho, se tenían que eliminar hasta las últimas consecuencias de su irregularidad, incluyendo la de la devolución».

Finalmente, entiende también esta representación procesal que la Sentencia cuestionada no incurrió en el vicio de la incongruencia, al no dar más ni cosa distinta de lo pedido, dado que lo solicitado en la instancia era la nulidad de las liquidaciones practicadas y la devolución de las cantidades ingresadas, extremos a los que se dio respuesta.

10. El Ministerio Fiscal presentó el día 25 de septiembre de 2000 su escrito de alegaciones, en el que informa en el sentido de estimar procedente el otorgamiento del amparo.

Tras una sucinta exposición de los hechos, examina el Ministerio público la vulneración denunciada en la demanda de amparo. Señala al principio de su exposición que —de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional (por ejemplo, en SSTC 23/1988 y 12/1991)— «el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes exige que las resoluciones judiciales estén fundadas en Derecho, siendo presupuesto inexcusable la necesidad de que los tribunales juzguen *secundum legem* las pretensiones de las partes que le son planteadas en los procesos de tal manera que, o bien opten por subsumir en las normas postconstitucionales vigentes los supuestos de hecho a los que aquéllas resulten aplicables, o bien, en el caso de albergar dudas sobre la eventual contradicción de aquéllos con el Texto Constitucional, resuelvan plantear a ese Alto Tribunal la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad en la forma que previene el art. 163 CE y el art. 36 LOTC, pero, en todo caso, lo que constituye una verdadera vulneración de dicho derecho fundamental es que la solución judicial adoptada sea la de considerar inaplicable al caso un

precepto legal, en principio vigente y por tanto dotado de la plena eficacia que le ha proporcionado la legitimidad democrática de la voluntad popular plasmada en la aprobación de una Ley por una Asamblea Legislativa legítimamente constituida como es en este caso el Parlamento Catalán, por entender que contraviene la legalidad ordinaria».

Con base en la doctrina expuesta entiende que «analizando el presente supuesto de hecho este Ministerio no puede por menos de apoyar la pretensión de amparo que plantea la Generalidad de Cataluña, en la medida en que en este caso nos encontramos ante una resolución que inaplica una Ley, por razones no muy bien entendibles que aduce de "legalidad ordinaria". Por ello concluye el Ministerio Fiscal entendiendo que «tal resolución así adoptada y el ulterior auto... ha vulnerado, en el parecer de este Ministerio, el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante de amparo, toda vez que, so pretexto de una supuesta inconstitucionalidad de una norma legal aprobada, ya vigente la Constitución, inaplica la misma para resolver el supuesto de hecho planteado». E indica asimismo que la norma que resulta en este caso inaplicada ha sido declarada conforme a la Constitución por la STC 296/1994.

Finalmente interesa el otorgamiento del amparo, con el reconocimiento a la Administración recurrente de su derecho a la tutela judicial efectiva y con anulación de la Sentencia de 24 de diciembre de 1998 y del Auto de 28 de junio de 1999, «debiendo retrotraerse las actuaciones al momento de la conclusión del procedimiento e inicio del plazo para dictar sentencia, al objeto de que la Sala, con plena jurisdicción pero con estricto respeto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la recurrente, dicte la sentencia que estime procedente en Derecho».

11. Mediante escrito registrado el día 9 de octubre de 2000, doña Rosalía Rosique Samper, Procuradora de los Tribunales, se personó en nombre de «L'Associació Nacional D'Empresaris de Màquines Recreatives (Andemar-Catalunya)», en su calidad de asociación más representativa del sector de las máquinas recreativas de Cataluña y, entendiendo que ostentaba un interés directo y legítimo en la decisión a adoptar, suplicó fuese tenida por comparecida y personada en el presente proceso constitucional, lo que se llevó a efecto por diligencia de ordenación de la Sala Segunda con fecha de 8 de noviembre de 2000.

12. La Sala Segunda de esta Tribunal dictó providencia con fecha 15 de julio de 2002, en la que acuerda, «conforme faculta el art. 84 LOTC, oír al recurrente, al Ministerio Fiscal, al Abogado del Estado y a las demás partes personadas, concediéndoles un plazo común de diez días para que aleguen lo que estimen pertinente sobre la relevancia que, para la decisión del presente recurso de amparo, pudiesen tener el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión por exceso de jurisdicción y el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, reconocidos ambos por el art. 24 de la Constitución».

13. Complimentando el anterior trámite, la representación procesal de la Generalidad de Cataluña presentó escrito de alegaciones el día 19 de julio de 2002, reiterando la súplica del otorgamiento de amparo en los términos ya expresados en la demanda.

Remitiéndose a la demanda de amparo y al escrito de alegaciones presentado el 20 de septiembre de 2000, insiste la parte actora en que fue lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva debido al exceso de jurisdicción en que incurrieron las resoluciones objeto del presente recurso de amparo, al haber dejado de aplicar

los mandatos de una norma legal (la Ley del Parlamento de Cataluña 2/1987) por «razones de legalidad» sin plantear una cuestión de inconstitucionalidad y con invasión de la potestad reservada al Tribunal Constitucional de enjuiciar las leyes estatales o autonómicas (arts. 153, 161, 163 CE; 2 y 27 LOTC; 24 LOPJ y 1 LJCA). Además, dicha actitud judicial impide considerar el proceso *a quo* como un proceso con todas las garantías en el sentido del derecho reconocido por el art. 24.2 CE, puesto que en él el órgano jurisdiccional no se atuvo a la definición constitucional de sus atribuciones y no puede ser reconocido como tal en la Sentencia y Auto objeto de este recurso de amparo.

Por otra parte, llama la atención la Generalidad sobre dos Sentencias del Tribunal Supremo dictadas en otros tantos recursos de casación en interés de ley. La primera, de 4 de julio de 2000 (ya citada en el antecedente octavo de esta Sentencia), que, aun fallando que no había lugar al recurso de casación, afirma que «resulta indudable que el mencionado recargo autonómico creado por la Ley 2/1987 del Parlamento de Cataluña es perfectamente constitucional, como expresamente declaró la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 1994 y, por consecuencia, plenamente exigible». Y la segunda, de 25 de noviembre de 2000 —que estimó el recurso de casación interpuesto por la propia Generalidad contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Sexta), de 5 de octubre de 1999, recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 1294/1995— fija como doctrina legal que la anulación del gravamen complementario a la tasa fiscal sobre el juego por la STC 173/1996, de 31 de octubre, «fue independiente por completo de la Cuota fija de 375.000 pesetas, establecida por el artículo 38.Dos.1 de la Ley 5/1990, de 21 de junio, para las máquinas tipo -B- o recreativas con premio, con efectos de 1 de enero de 1991, sin que haya afectado la anulación referida del Gravamen complementario a esta Cuota fija de la Tasa Fiscal que grava los juegos de suerte, envite o azar, en los ejercicios posteriores a 1990».

14. El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 25 de julio de 2002. Afirma que «cuando un Órgano Jurisdiccional adopta una determinada decisión que el Ordenamiento Jurídico no ha previsto o que, previéndola, ha arbitrado unos cauces legales determinados para su efectividad, estará "excediéndose de la competencia que el legislador le ha otorgado en el caso concreto, excesos que este Tribunal Constitucional debe corregir en la medida en que el pronunciamiento judicial pudiera lesionar el derecho de otros justiciables a la tutela judicial efectiva (STC 116/1986)».

El Ministerio público, aplicando la doctrina expuesta y remitiéndose a su anterior escrito de alegaciones, entiende que en el presente caso «se ha producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la Institución Pública recurrente por exceso del Tribunal actuante en el ejercicio de su jurisdicción».

Afirma asimismo el Ministerio Fiscal, en relación con la posible infracción del derecho a un proceso con todas las garantías, que tal eventual infracción «se halla íntimamente relacionada con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por exceso de la Sala de instancia en el ejercicio de su jurisdicción, pues resulta evidente que los Órganos Jurisdiccionales están constitucionalmente obligados a interpretar y aplicar las normas emanadas del Poder Legislativo, conforme a las reglas del procedimiento igualmente establecidas por el Ordenamiento». Y añade, al respecto, que en este

caso «el Órgano Judicial prescindió total y absolutamente de las normas de procedimiento, pues en lugar de encauzar procesalmente sus dudas sobre la vigencia y efectividad del precepto legal aplicable a través del procedimiento contenido en los arts. 163 CE y 35 LOTC, adoptó la decisión de inaplicar dicha norma legal».

Concluye el Ministerio Fiscal que «la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías también se ha producido, si bien tal vulneración no tiene sustantividad propia sino que se halla íntimamente conectada a la anterior violación del derecho a la tutela judicial efectiva que hemos apoyado».

15. Con fecha 26 de julio de 2002 el Abogado del Estado evacuó el trámite conferido, afirmando que «dentro de las modalidades o proyecciones del art. 24 CE las resoluciones recurridas lesionan el derecho a la defensa por infracción de las garantías procesales, incurriendo además en un exceso de jurisdicción». Y añade, al efecto, que, «ratificando cuanto sobre ello se alegaba en el escrito de esta Abogacía del Estado, denunciando la existencia de esa doble infracción, se ha de señalar», en primer lugar, que «cuestionar la constitucionalidad de una Ley por órganos de la Jurisdicción ordinaria exige inexcusablemente un trámite previo de audiencia a las partes, instituido en el art. 35.2 LOTC», y, en segundo lugar, que «hay un patente exceso de jurisdicción al haberse alcanzado en el procedimiento un pronunciamiento anulador de una ley, que está reservado en exclusiva al Pleno de ese Tribunal».

16. La representación procesal del Sr. Martínez Calderón efectuó sus alegaciones mediante escrito registrado en este Tribunal también el día 26 de julio de 2002.

Afirma, en primer lugar, que «la desestimación del incidente (de nulidad) fue ajustada a la legalidad, puesto que no se dan los requisitos establecidos en el art. 240.3 LOPJ».

En segundo lugar, se refiere al pronunciamiento de la Sentencia recurrida en amparo sobre el recargo autonómico [apartado c) del fallo]. Afirma que «la fundamentación jurídica sobre el 'recargo autonómico' de la Ley 2/1987 reitera la doctrina sentada por el Constitucional en sus Ss. de 31-10-1996; 10-11-1994; 16-7-1987; y del Supremo de 14-3-1998». Y añade lo siguiente: «Por otra parte, el propio Parlamento de Cataluña, en su escrito de alegaciones formulado con ocasión de las cuestiones de inconstitucionalidad 3563, 3564, 3565/93, concluyó [que] "la negación del carácter de impuesto de la tasa sobre el juego y la negación de su carácter de tributo propio de la Generalidad de Cataluña no comportan la inconstitucionalidad de la Ley cuestionada, pues ésta establece —mediante la técnica normativa del recargo sobre una tasa— un impuesto propio de la Generalidad de Cataluña al amparo del artículo 157.1.b) de la Constitución".- Y a esta calificación del recargo de la Ley 2/1987 como verdadero tributo propio de la Generalidad de Cataluña llegó el Parlamento porque en el mencionado recargo se da la conjunción de las siguientes circunstancias: a) su naturaleza tributaria; b) la atribución a la Generalidad de Cataluña del poder de implantarlo y regularlo; y c) la atribución a la Generalidad de Cataluña de las competencias administrativas en la materia. Consecuente con dicha calificación, el TSJC declaró la nulidad del recargo de la Ley 2/1987 porque: a) el tributo incide sobre un hecho imponible gravado por el Estado —la tasa fiscal sobre el juego—, vulnerando la aplicación del artículo 6.4 LOFCA; y b) el tributo carece de la necesaria determinación y regulación específica de sus elementos esenciales, en la línea marcada por el art. 10 LGT.- Por último, declarado que la naturaleza

del gravamen sobre la máquina "B" es impositiva, también declaró no ajustado a Derecho el recargo de la Ley 2/1987, al aminorar aquél los ingresos del Estado, prohibición establecida en el art. 12.2 LOFCA».

En tercero y último lugar, señala dicha parte que, habiéndose solicitado por el recurrente en el recurso contencioso-administrativo «la anulación de las liquidaciones practicadas por el recargo de la Ley 2/1987 y la devolución de todo lo ingresado indebidamente, el Letrado de la Generalidad de Cataluña, en su escrito de contestación y de conclusiones, razonó en contra con petición expresa de que fueran confirmadas las liquidaciones practicadas». Por esto, se afirma, «el Tribunal en su fallo no ha otorgado más de lo pedido por el actor, ni menos de lo resistido por la Generalidad de Cataluña o cosa distinta a lo solicitado por ambas partes». De todo ello concluye la parte que, «siendo congruente la Sentencia dictada, que no modifica sustancialmente los términos en que se planteó el debate, y habiendo tenido y ejercido la Generalitat su derecho en todo el proceso, es insostenible la "indefensión" alegada».

17. Por providencia de 7 de octubre de 2002 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 9 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. La demanda de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 24 de diciembre de 1998, que estima en parte el recurso contencioso-administrativo núm. 2011/94, promovido por don Manuel Martínez Calderón en su calidad de titular de una empresa operadora de máquinas recreativas tipo «B», y contra el Auto de la misma Sección de fecha 28 de junio de 1999, desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones formulado por quien ahora recurre en amparo (la Generalidad de Cataluña) contra dicha Sentencia.

El presente recurso de amparo tiene su origen en las autoliquidaciones presentadas durante los ejercicios de 1988 a 1993 por don Manuel Martínez Calderón, en concepto de tasa fiscal sobre el juego (Real Decreto Legislativo 16/1977, de 25 de febrero, que regula los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y apuestas), su gravamen complementario (Ley 5/1990, de 29 de junio, de medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria), incremento del 1,05 de la tasa fiscal sobre el juego (previsto en las Leyes 31/1991, de 30 de diciembre, y 39/1992, de 29 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para los ejercicios de 1992 y 1993, respectivamente) y recargo autonómico sobre la tasa fiscal (creado por la Ley del Parlamento de Cataluña 2/1987, de 5 de enero), con un importe total ingresado de 1.470.930.053 pesetas (8.840.467,67 €). Tales autoliquidaciones sirvieron de base a una solicitud de rectificación y devolución de ingresos indebidos, formulada ante el Servicio de Gestión Tributaria de la Delegación Territorial de Barcelona (Departamento de Economía y Finanzas de la Generalidad de Cataluña), que fue denegada por acuerdo del Jefe del citado Servicio de Gestión Tributaria, de fecha 3 de diciembre de 1993. Contra dicho acuerdo denegatorio formuló el interesado reclamación ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña (reclamaciones núms. 8659/93 y 8660/93), que lo desestimó por resolución de 12 de septiembre de 1994.

El Sr. Martínez Calderón interpuso recurso contencioso-administrativo contra esta última resolución, que fue estimado en parte por la precitada Sentencia de 24

de diciembre de 1998. La parte dispositiva de esta Sentencia, tras anular la resolución del mencionado Tribunal Económico-Administrativo, reconoce el derecho de la parte entonces recurrente, según dice textualmente, «a la devolución de las siguientes cantidades: a) de la cuota establecida por el art. 38.Dos de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria por explotación de máquinas recreativas tipo "B" o "C" (el llamado gravamen complementario). b) de la cantidad resultante por aplicación del incremento o coeficiente 1,05 establecido en los artículos correspondientes de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los ejercicios 1992 y 1993. c) de la totalidad del recargo autonómico creado por la Ley del Parlamento de Cataluña 2/87, cantidades todas ellas que se determinarán en ejecución de sentencia», añadiendo a continuación que acuerda «[la] desestimación de las demás pretensiones contenidas en la demanda».

Contra la anterior Sentencia promovió la Generalidad de Cataluña el incidente de nulidad de actuaciones del art. 240.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en la redacción que le dio la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre), sobre la base de que el pronunciamiento relativo a la devolución del recargo autonómico era incongruente respecto de las pretensiones deducidas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, amén de rebasar los límites constitucionales dentro de los cuales queda establecido el ámbito de competencia de dicho orden jurisdiccional, incurriendo en manifiesto error, con indefensión de la Administración y con vulneración del derecho de ésta a la tutela judicial efectiva. El Auto de 28 de junio de 1999 desestimó el expresado incidente de nulidad de la Sentencia.

2. La demanda de amparo se contrae al pronunciamiento de la Sentencia relativo al recargo autonómico: aquél según el cual procede devolver a quien había recurrido en vía contencioso-administrativa «la totalidad del recargo autonómico creado por la Ley del Parlamento de Cataluña 2/87». La demanda de amparo imputa a las resoluciones recurridas la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), imputación que desarrolla bajo dos epígrafes: «a) el Auto y la Sentencia se fundan en una motivación errónea, irrazonable y arbitraria», y «b) el Auto y la Sentencia son incongruentes con las peticiones de las partes». A estos extremos nos hemos referido en el antecedente tercero de la presente Sentencia, sin perjuicio de lo cual exponemos a continuación un resumen sustancial.

Con la alegación de motivación errónea, irrazonable y arbitraria la Administración recurrente denuncia también, según claramente se infiere de su exposición razonada, la vulneración del derecho al proceso debido y a no sufrir indefensión, aunque no hace mención explícita de tales derechos. La demandante de amparo denuncia, al efecto, el hecho de que se inaplique una ley vigente, posterior a la Constitución, sin plantear previamente la cuestión de inconstitucionalidad, «dejando de aplicar sus mandatos por la simple invocación de unas indecifrables y no explicadas "razones de legalidad ordinaria" o "razones de mera legalidad"». Por ello afirma que la Sentencia (así como el Auto en la medida en que no puso remedio a los alegados defectos de ésta) dejó de atender al sistema de fuentes normativas, «desconociendo la ordenación constitucional y legal sobre el control de normas» así como el mandato constitucional de sumisión de los jueces al imperio de la ley, incurriendo en «un exceso de jurisdicción y una invasión de la reserva al Tribunal Constitucional de la potestad de enjuiciar las leyes, tanto estatales como de la Generalidad de Cata-

luña o de otras Comunidades Autónomas», citando, al efecto, el art. 40 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, según el cual las leyes de Cataluña están excluidas del recurso contencioso-administrativo y únicamente sujetas al control de su constitucionalidad, ejercido por el Tribunal Constitucional.

La alegación de incongruencia parte del hecho de que, según se afirma en la demanda de amparo, el recurrente en vía contencioso-administrativa «fundó exclusivamente en la consideración de la inconstitucionalidad de la regulación legal de la tasa fiscal del juego sus peticiones y supeditó a la previa declaración de inconstitucionalidad de los preceptos reguladores de dicha tasa fiscal sus demás peticiones», entre ellas la atinente al recargo autonómico. En tal sentido es de advertir que la primera petición de la demanda era que se elevase «al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 38.Dos.1 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria, así como el apartado A) a) del número dos del art. 3.4 del Real Decreto Legislativo 16/1977, de 27 de febrero, según la redacción dada por la Ley 5/1990, ya que resulta inconstitucional la nueva cuantía de la tasa para los ejercicios 1991 y siguientes». Añade el demandante de amparo que «en la medida en que la nulidad de las liquidaciones tributarias impugnadas sólo dependía de la inconstitucionalidad de las leyes reguladoras del tributo, las opciones a disposición de TSJC al resolver estaban limitadas por la congruencia con dicho planteamiento». Y asimismo indica, tras referirse a las SSTC 296/1994, de 10 de noviembre, y 173/1996, de 31 de octubre, que «en lo que se refiere al recargo establecido en la ley catalana 2/1987, el TSJC únicamente podía resolver o bien la formulación de una cuestión de inconstitucionalidad o la desestimación de lo pedido por pura aplicación de esa ley catalana». Concluye el demandante de amparo afirmando que la invocada lesión del derecho fundamental no se produce por la opción asumida por el órgano judicial de no plantear cuestión de inconstitucionalidad alguna «sino por la decisión de no aplicar la ley».

Por otra parte, la Sala Segunda de este Tribunal, haciendo uso de la facultad concedida por el art. 84 LOTC, acordó por providencia de 15 de julio de 2002 oír al Ministerio Fiscal, al Abogado del Estado y demás partes personadas, concediéndoles un plazo común de diez días a fin de hacer las alegaciones que estimasen pertinentes «sobre la relevancia que, para la decisión del presente recurso de amparo, puedan tener el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión por exceso de jurisdicción y el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, reconocidos ambos por la Constitución».

3. El Abogado del Estado entiende que «lo pedido por la demandante de amparo tiene clara consistencia ya que se han ignorado sus garantías procesales para hacer valer la constitucionalidad de la Ley del Parlamento de Cataluña 2/1987, de 5 de enero, que establece el recargo sobre el tributo estatal que grava las máquinas recreativas». Afirma que la nulidad de una Ley sólo puede resultar de su inconstitucionalidad, de modo que, «no correspondiendo al órgano jurisdiccional *a quo* hacer un juicio sobre la "nulidad" de normas legales postconstitucionales, al hacerlo sin plantear la oportuna cuestión de inconstitucionalidad ha irrogado a la recurrente indefensión», concluyendo que «resulta evidente la extralimitación de las resoluciones judiciales recurridas». Tales consideraciones son reiteradas al evacuar el segundo trámite de audiencia, tras haber aplicado el Tribunal el art. 84 LOTC.

En parecidos términos se manifiesta en sus dos escritos de alegaciones el Ministerio Fiscal, para el que la tutela judicial implica la necesidad de que los Tribunales juzguen *secundum legem*, bien optando por subsumir en las normas postconstitucionales vigentes los supuestos de hecho a los que aquéllas resulten aplicables, bien decidiendo plantear ante el Tribunal Constitucional la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. A su entender, lo que constituye una verdadera vulneración de dicho derecho fundamental es que la solución judicial adoptada sea la de considerar inaplicable un precepto legal, en principio vigente y por tanto dotado de la plena eficacia que le ha proporcionado la legitimidad democrática de la voluntad popular, plasmada en la aprobación de una Ley por una Asamblea legislativa legítimamente constituida, como es en este caso el Parlamento Catalán. Y ello, según afirma, por razones que no se entienden bien, que pertenecen al ámbito de la «legalidad ordinaria», máxime cuando la norma que resulta inaplicada ha sido, además, declarada conforme a la Constitución por la STC 296/1994, de 10 de noviembre.

Por su parte, el Sr. Martínez Calderón, que fue recurrente en vía contencioso-administrativa, personado en el presente recurso, se opone al otorgamiento del amparo. Alega, en primer lugar la falta de legitimación de la Administración para recurrir, en cuanto actúa en su condición de poder público. Añade, pasando al tema de fondo, que lo que la Sentencia recurrida hace «es enjuiciar unos actos dictados en aplicación de la Ley catalana 2/1987 y declarar nulos tales actos, pero no por razón de la propia Ley (respecto de la que no se vierte ninguna declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad), sino porque tales actos, las concretas liquidaciones, en cuanto al recargo autonómico se habían quedado sin una base válida, cuantificada previamente por la Administración, sobre la que recaer. Y esto era así porque en tales concretas liquidaciones la tasa sobre el juego, que habría de servir de base al recargo autonómico establecido por la Ley 2/1987, integraba los elementos que, según habían declarado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, eran nulos».

Es oportuno señalar que la representación procesal del Sr. Martínez Calderón, en su segundo escrito de alegaciones, tras señalar que el Parlamento de Cataluña había calificado en su día (cuestiones de inconstitucionalidad 3563/93, 3564/93 y 3565/93) el recargo de la Ley 2/1987 como verdadero tributo propio de la Generalidad de Cataluña, afirma explícitamente que, «consecuente con dicha calificación, el TSJC declaró la nulidad del recargo de la Ley 2/1987 porque: a) el tributo incide sobre un hecho imponible gravado por el Estado —la tasa fiscal sobre el juego—, vulnerando la prohibición del art. 6.4 LOFCA; y b) el tributo carece de la necesaria determinación y regulación específica de sus elementos esenciales, en la línea marcada por el art. 10 LGT», añadiendo que, «declarado que la naturaleza del gravamen sobre la máquina “B” es impositiva, también declaró no ajustado a derecho el recargo de la Ley 2/1987, al amoniar aquél los ingresos del Estado, prohibición establecida por el art. 12.2 LOFCA».

4. Antes de pasar al examen de las alegaciones de la parte recurrente en amparo, debemos determinar si concurre la causa de inadmisibilidad alegada por la representación procesal del Sr. Martínez Calderón, el cual, con cita de doctrina de este Tribunal Constitucional (así, SSTC 64/1988, de 12 de abril; 257/1988, de 22 de diciembre; 123/1996, de 20 de mayo), entiende que la Administración pública recurrente en amparo (en este caso, la Generalidad de Cataluña) no puede disponer del recurso de amparo como una vía para la defensa

de sus actos o potestades, al carecer de la necesaria legitimación para ello.

En este sentido, es nuestra doctrina que aunque las personas jurídicas de Derecho público pueden ser titulares del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24.1 CE cuando el Ordenamiento jurídico les reconoce la capacidad para ser parte en los procesos (SSTC 64/1988, de 12 de abril, FJ 1; 91/1995, de 19 de junio, FJ 2; 123/1996, de 8 julio, FJ 3; 211/1996, de 17 de diciembre, FJ 4; 237/2000, de 16 de octubre, FJ 2; y 175/2001, de 26 de julio, FJ 8), sin embargo hemos distinguido, en orden a la aplicación de este derecho y de su protección por la vía del amparo constitucional, entre la defensa de sus derechos e intereses legítimos y la defensa de sus actos y potestades administrativas. En efecto, cuando la prestación de la tutela judicial tiene por objeto determinados intereses legítimos de las entidades públicas, entendiendo por tales exclusivamente aquéllos que derivan de su actividad no administrativa o pública, ningún óbice existe para sean titulares del derecho fundamental consagrado en el artículo 24.1 CE en toda su extensión y con todas las garantías que ello conlleva (STC 64/1988, de 12 de abril, FJ 1; y ATC 187/2000, de 24 de julio, FJ 3). Se trata, principalmente, de supuestos en los que las personas públicas reaccionan frente a actos de terceros (particulares u otras Administraciones públicas) a los que no pueden imponer su voluntad por carecer frente a ellos de un poder exorbitante, con lo cual impetran el amparo judicial —previo al amparo constitucional— como medio de obtener un título que preste fuerza coactiva a su pretensión. En tales casos, ningún reparo existe para reconocerles la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) pues acceden al proceso en una situación procesal análoga a la de los particulares, instando la protección judicial como cualquier particular por estar desprovistas de una potestad exorbitante al efecto (STC 175/2001, de 26 de julio, FJ 8, y las allí citadas).

Ahora bien, cuando el objeto de la tutela judicial lo configura la defensa de los actos de las Administraciones públicas dictados en el ejercicio de sus potestades administrativas, de sus potestades exorbitantes, siendo la previa actuación judicial consecuencia de la reacción del particular frente al acto de la Administración, que acude al órgano judicial en solicitud de fiscalización del ejercicio que de su potestad ha hecho la Administración, la protección que el artículo 24.1 CE les otorga es bastante más reducida, pues se limita a no padecer indefensión en el proceso, lo cual implica, exclusivamente, que se les respeten los derechos procesales que establece el art. 24 CE (SSTC 123/1996, de 8 de julio, FJ 3; y 175/2001, de 26 de julio, FJ 8; y AATC 4/1998, de 12 de enero, FJ 1 y 3; y 187/2000, de 24 de julio, FJ 3). Esto quiere decir que en estos casos la Administración no tiene un derecho a la tutela judicial efectiva susceptible de ser amparado en defensa de sus potestades (STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; y ATC 187/2000, de 24 de julio, FJ 3), sino que únicamente posee las restantes garantías que le dispensa el art. 24 CE, pero desde una dimensión estrictamente procesal o, lo que es lo mismo, desde el punto de vista de las facultades inherentes a la condición de parte en el proceso (SSTC 237/2000, de 16 de octubre, FJ 2; 175/2001, de 26 de julio, FJ 8; y 56/2002, de 11 de marzo, FJ 3), estando en todo caso amparadas «por el derecho a no sufrir indefensión en el proceso (art. 24.1 CE)» (STC 175/2001, de 26 de julio, FJ 8).

Según lo que antecede, es necesario precisar que la Generalidad de Cataluña no acude al recurso de amparo constitucional a la búsqueda de una determinada interpretación de la legalidad subyacente en el proceso con-

tencioso-administrativo en el que fue parte demandada, pues en ningún caso el recurso de amparo habilita para debatir las cuestiones que por imperativo constitucional (art. 117.3 CE) están atribuidas a los Jueces y Tribunales. Pretender otra cosa conduciría a la realización de juicios meramente hipotéticos de legalidad que rebasarían notoriamente el ámbito de la jurisdicción de este Tribunal (por todas, SSTC 144/1997, de 15 de septiembre, FJ 4.b; 161/1998, de 14 de julio, FJ 5; y 26/1999, de 8 de marzo, FJ 6). De hecho, la interpretación de la legalidad ordinaria fue solicitada del Tribunal Supremo por la Administración de la Generalidad en recursos de casación en interés de la ley, entre otros el resuelto por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 4 de julio de 2000 (citado en los antecedentes octavo y decimotercero de esta Sentencia), y el resuelto por Sentencia de la misma Sala de 25 de noviembre de 2000 (citado en el antecedente decimotercero de esta Sentencia), dimanante de asunto similar al que ahora nos ocupa, y que dio lugar al recurso de amparo núm. 4979/99.

Aunque la Generalidad impetra el amparo constitucional en defensa de un acto dictado en el ejercicio de sus potestades administrativas, lo que supone que no es titular, en toda su extensión, del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24.1 CE, ello no implica que esté desposeída de las garantías procesales previstas en el art. 24 CE ni, por tanto, del derecho al proceso debido y a no padecer indefensión. Con más razón cuando lo que le ha traído a este proceso constitucional, según afirma en la demanda de amparo, no es tanto la anulación de un acto administrativo singular cuanto la inaplicación de norma legal que daba cobertura a ese acto.

Por ello, lo que subyace en el presente proceso constitucional, mediante la pretensión de amparo deducida por la Generalidad, no es ya sólo la defensa del interés general cuya tutela le corresponde a la Administración demandante, sino también, y especialmente, la protección de los principios básicos de un sistema democrático encarnados en la dignidad de una ley aprobada por un Parlamento autonómico que representa la voluntad del pueblo catalán, en la medida en que ha sido inaplicada por un juez ordinario sin acudir al proceso establecido al efecto.

En definitiva, si explícitamente la demanda de amparo razona la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva bajo el epígrafe de haber una motivación errónea, irrazonable y arbitraria, lo que en realidad se está invocando en dicha demanda (y a ello responde la providencia de este Tribunal de 15 de julio de 2002) es la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la no indefensión, en la medida en que se alega el exceso de jurisdicción por parte del órgano judicial al decidir, según quien recurre en amparo, la inaplicación de una ley autonómica sin someterla al enjuiciamiento del órgano competente al efecto mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Así pues, ha de concluirse que la Generalidad está legitimada activamente en el presente recurso de amparo.

5. Pasando al análisis de las vulneraciones imputadas por la parte actora a la Sentencia y Auto recurridos, hemos de examinar en primer lugar la alegación de incongruencia. Su rechazo se ofrece como evidente pues la Sentencia impugnada da contestación (en parte estimatoria y en parte desestimatoria) a las pretensiones deducidas en la demanda contencioso-administrativa sobre anulación de la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña y de los actos administrativos por ella confirmados, sobre devolución de can-

tidades y práctica de nuevas liquidaciones y sobre indemnizaciones.

Ciertamente el órgano judicial no planteó la cuestión de inconstitucionalidad solicitada en el primer apartado del suplico de la demanda de amparo (y que lo era del art. 38.2.1 de la Ley 5/1990 y del apartado A).a) del número 2 del art. 3.4 del Real Decreto Legislativo 16/1977, según la redacción dada por la Ley 5/1990), mas reiteradamente hemos dicho que el suscitar la cuestión de inconstitucionalidad es una prerrogativa exclusiva e irrevisable atribuida por el art. 163 CE a los órganos judiciales, que pueden no plantearla si estiman constitucional y, por lo tanto, aplicable la ley cuestionada (SSTC 159/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 119/1998, de 4 de junio, FJ 6; y 35/2002, de 11 de febrero, FJ 3). Es oportuno señalar, a este respecto, que no se solicitaba en la demanda el planteamiento de tal cuestión respecto de la Ley creadora del recargo autonómico (la Ley de Cataluña 2/1987), la cual había sido ya declarada constitucional por la ya mencionada STC 296/1994, precisamente en virtud de cuestión planteada en anterior recurso contencioso-administrativo por la Sección que dictó la Sentencia ahora impugnada en amparo.

Como dice el Auto de 28 de junio de 1999, la redacción del segundo apartado del suplico de la demanda puede dar a entender que las pretensiones en él expresadas (atinentes a las resoluciones administrativas y autoliquidaciones) quedaban condicionadas al planteamiento de la cuestión postulada en primer lugar. Mas se trata de una defectuosa redacción, según se razona a continuación respecto del recargo autonómico, al que se contrae el presente recurso de amparo. En primer lugar, dicho recargo (del que se acuerda la devolución de la «totalidad» de su importe, y que se extiende a autoliquidaciones comprendidas entre 1988 y 1993), no dependía en su totalidad de las normas cuestionadas de la Ley 5/1990. En segundo lugar, la demanda contencioso-administrativa razona de modo autónomo sobre la nulidad del recargo autonómico (apartado tercero de «motivos de impugnación» y de «fundamentos de Derecho»), sin condicionarlo a la inconstitucionalidad de las expresadas normas, fundamentando tal afirmación en el hecho de que produce «una minoración en los ingresos del Estado por el IRPF», con invocación, al efecto, del art. 12.2 de la Ley 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA).

6. Pasamos a continuación al examen de la cuestión de fondo, que se plantea con la otra vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que se invoca en la demanda (y de la que se ha hecho mérito en el segundo párrafo del segundo de los fundamentos jurídicos de la presente Sentencia). Tal examen ha de hacerse conjuntamente con el de los derechos fundamentales a que se hace referencia en la providencia que aplicó el art. 84 LOTC: derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión por exceso de jurisdicción y a un proceso con todas las garantías.

Es obligado recordar, al efecto, que el art. 24 de la Constitución impone a los órganos judiciales la obligación de dictar resoluciones fundadas en Derecho, no pudiendo considerarse cumplida esta exigencia con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (SSTC 61/1983, de 11 de julio; 5/1986, de 21 de enero; 78/1986, de 13 de julio; 116/1986, de 8 de octubre; 75/1988, de 25 de abril, FJ 3). No basta, pues, con obtener una respuesta motivada, sino que, además, ésta ha tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (por todas, SSTC 22/1994, de 27 de enero,

FJ 2; 324/1994, de 1 de diciembre, FJ 2; 24/1999, 8 de marzo, FJ 3, y 10/2000 de 31 de enero, FJ 2). Y una resolución judicial puede tacharse de arbitraria cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la misma no es expresión de la administración de justicia sino simple apariencia de la misma por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o expresar un proceso deductivo irracional o absurdo (SSTC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4; 244/1994, de 15 de septiembre, FJ 2; 54/1997, de 17 de marzo, FJ 3; y 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7).

En el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia recurrida, cuyo objeto es el examen del recargo autonómico, se concluye que procede su devolución ya que «no es conforme a derecho —no por ser inconstitucional sino por razones de legalidad ordinaria— la liquidación en lo que al recargo autonómico se refiere». Mas el razonamiento que precede a tal conclusión, contenido en la primera parte de dicho fundamento jurídico cuarto [que se transcribe en el antecedente primero, letra e) de la presente Sentencia], pone de manifiesto que lo que en realidad se establece es la nulidad del recargo autonómico (como se afirma en la demanda) pese a hallarse establecido por ley y no haberse declarado inconstitucional. Basta advertir lo que se dice en dicho fundamento jurídico cuarto de la Sentencia impugnada, y que en lo sustancial se indica a continuación.

En primer lugar, alude a la demanda contencioso-administrativa diciendo que, según ésta, «es nulo —que no inconstitucional— el recargo de la Ley 2/1987 sobre el impuesto que grava las máquinas recreativas con premio, que comporta una minoración sobre los ingresos del Estado por el IRPF».

En segundo lugar, afirma que la figura impositiva «no resuelve la legalidad del tributo que incrementa, que no posee naturaleza y estructura independiente —lo que además impedirían los límites de la LOFCA y la unidad del sistema tributario en su relación con otros impuestos—», señalando como motivos de ello: a) la dificultad de armonización con otros impuestos en los que el hecho imponible está constituido por la obtención de rentas por el sujeto pasivo, como el impuesto sobre la renta de las personas físicas, el impuesto sobre sociedades o el impuesto sobre actividades económicas, y b) la aplicación del art. 12.2 LOFCA ya que, como recargo deducible, supone una minoración sobre los ingresos del Estado por el impuesto sobre la renta de las personas físicas.

En tercer lugar, dice que el recargo gravita sobre la existente regulación estatal, «cuyo régimen jurídico y configuración legal no está suficientemente predeterminado», de modo que dicho recargo, de quedar subsistente, «devendría en figura independiente sin serlo, careciendo como hemos visto por propia esencia de configuración y estructura propias, ya que participa de la que le confiere el tributo base, debiendo éste ser aplicable con plena licitud y validez para que a su vez la aplicación del recargo sea conforme a derecho».

En cuarto lugar, afirma que «si se trata de un 'recargo' sobre un tributo estatal cedido la cesión competencial no lo es en sede legislativa, por tanto necesita de una figura tributaria (tasa o impuesto) plenamente acorde al Ordenamiento jurídico, y más aún, en el improbable caso, de sostenerse que se trata de un impuesto propio por haberse transferido a la Comunidad Autónoma todas las competencias en cuanto al juego... su configuración debía ser distinta a la de un recargo con definición propia de todos los elementos esenciales del tributo y atendiendo siempre a las limitaciones impuestas por la LOFCA».

Por último, se refiere a «la problemática que plantea la existencia de un recargo por y para la misma Admi-

nistración a quien se ha cedido el rendimiento del impuesto en tanto que comporta un incremento del impuesto base que precisa de la correspondiente justificación económica y con estricta sujeción a la técnica legislativa aplicable».

En lo que respecta al fallo de la Sentencia, es de interés resaltar, como ya lo hace la demandante de amparo, que se acuerda la devolución de «la totalidad del recargo autonómico» [apartado c) del fallo] y no solamente de la devolución de aquella parte de ese recargo que pudiera corresponder al incremento proporcional del gravamen complementario y de los incrementos de la cuota, conceptos ambos a los que se refieren los apartados a) y b) del propio fallo.

Por su parte, el Auto de 28 de junio de 1999 no aporta nuevos argumentos, pues se limita a establecer, dada la naturaleza del incidente de nulidad planteado, la inexistencia de incongruencia en la Sentencia así como de indefensión en el proceso, expresando, respecto de este último extremo, que la parte recurrente había tenido oportunidad de oponer los argumentos que tuviera por conveniente tanto al contestar la demanda como en el trámite de alegaciones.

7. A la vista de la exposición precedente cabe estimar que nos encontramos ante una resolución judicial aparente o formalmente motivada mediante la cual el órgano judicial llega a la consecuencia de inaplicar —por propia, autónoma y exclusiva decisión— una ley postconstitucional vigente. No se está ante una resolución judicial falta de motivación o con una motivación escueta, parca o por remisión, sino, simplemente, ante una resolución no fundada en Derecho.

Los Tribunales no tienen necesidad ni tampoco obligación de ajustarse —en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos— a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes, pudiendo basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues ni la congruencia implica «un ajuste literal a las pretensiones» (SSTC 142/1987, de 23 de julio, FJ 3; y 182/2000, de 10 de julio, FJ 3) ni el principio *iura novit curia* exige a los Tribunales «la carga de someter servilmente el razonamiento jurídico que les sirve de motivación para el fallo, a las alegaciones de los litigantes» (STC 87/1994, de 14 de marzo, FJ 4). Es fácil apreciar, entonces, que en el caso que ahora nos ocupa la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha desconocido el principio *iura novit curia*, al haberse ajustado a la causa de pedir esgrimida por la actora en su escrito de formalización del recurso contencioso-administrativo (nulidad del recargo autonómico por contradicción con la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas), desconociendo, en primer lugar, que la nulidad de dicho recargo sólo puede venir de la previa declaración de inconstitucionalidad de la norma legal que le da cobertura y, en segundo término, cuál es el alcance de su propia jurisdicción. Basta señalar, en relación con ello, que la pretendida nulidad del recargo autonómico por su contraposición con la LOFCA sólo podía ser entendida en términos de «constitucionalidad», al tratarse de la supuesta vulneración, por una ley autonómica, de una norma integrante del denominado «bloque de la constitucionalidad» (por todas, SSTC 181/1998, de 13 de octubre, FFJJ 3 y 4; y 250/1988, de 20 de diciembre, FJ 1). Asimismo, cabe indicar que el art. 40 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, también integrante del bloque de la constitucionalidad, prescribe que «las leyes de Cataluña estarán excluidas del recurso contencioso administrativo y únicamente sujetas al control de su constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional».

En suma, la adopción en la Sentencia impugnada de una razón de dar ajena al ámbito jurisdiccional atribuido por el ordenamiento jurídico ha supuesto no solamente el desconocimiento del principio *iura novit curia* sino además, y especialmente, el desconocimiento de las garantías procesales de la recurrente de amparo para hacer valer la constitucionalidad de la Ley del Parlamento de Cataluña 2/1987, de 5 de enero.

8. Los derechos y garantías previstos en el artículo 24 CE no garantizan, ciertamente, la justicia de la decisión o la corrección jurídica de la actuación o interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales comunes, pues no existe un derecho al acierto (entre muchas, SSTC 151/2001, de 2 de julio, FJ 5; y 162/2001, de 5 de julio, FJ 4). Y tampoco aseguran la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes del proceso (por todas, SSTC 107/1994, de 11 de abril, FJ 2; y 139/2000, de 29 de mayo, FJ 4). Ahora bien, lo que en todo caso sí garantiza el expresado precepto es el derecho a que las pretensiones se desenvuelvan y conozcan en el proceso establecido al efecto, con observancia de las garantías constitucionales que permitan el derecho de defensa, y a que finalice con una resolución fundada en Derecho, la cual podrá ser favorable o adversa a las pretensiones ejercitadas (STC 50/1982, de 15 de julio, FJ 3).

El artículo 24 CE no sólo comporta una serie de derechos y garantías para todas las personas sino que además impone el sometimiento de los jueces al imperio de la Ley (STC 10/2000, de 17 de enero, FJ 2) dentro de los límites de la jurisdicción y la competencia que les corresponda (STC 47/1982, de 12 de julio, FJ 3) y, en su efecto, la obligación de preservar aquellos derechos y garantías, lo cual sólo puede llevarse a término dentro del proceso debido (SSTC 96/1985, de 10 de julio, FJ 3; y 106/1985, de 7 de octubre, FJ 3).

En este sentido forma parte, sin duda, de las garantías consustanciales a todo proceso judicial en nuestro Ordenamiento el que la disposición de ley que, según el juzgador, resulta aplicable en aquél no pueda dejar de serlo, por causa de su posible invalidez, sino a través de la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad mediante resolución motivada (art. 163 CE) y con la audiencia previa que prescribe el art. 35 LOTC. Ignorar estas reglas, constitucionales y legales, supone, en definitiva, no sólo menoscabar la posición ordinal de la ley en nuestro Derecho y soslayar su singular régimen de control, sino privar también al justiciable de las garantías procedimentales (como el de la previa audiencia, a que nos acabamos de referir), sin cuyo respeto y cumplimiento la ley aplicable al caso no puede dejar de ser, en ningún supuesto, inaplicada o preterida.

9. Los órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 16), dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1). La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia *erga omnes*, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular —como se declara en el Preámbulo de nuestra Constitución— y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España (por todas, SSTC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 4; 104/2000, de 13 de abril, FJ 8; y 120/2000, de 10

de mayo, FJ 3). Ello adquiere una especial significación en materia tributaria, visto, de un lado, el deber general de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su riqueza y mediante un sistema tributario justo (art. 31.1 CE) y, de otra parte, la existencia de una reserva legal en la materia (art. 31.3 CE), que no significa otra cosa que dar cumplimiento a la finalidad última del límite constitucional de asegurar el principio democrático y la supremacía financiera del Parlamento mediante la participación de los ciudadanos en el establecimiento del sistema tributario.

10. En consecuencia, habiendo preterido el órgano judicial el sistema de fuentes existente relativo al control de normas, tanto por negarse a aplicar el art. 163 CE como por desconocer la eficacia de una norma legal plenamente vigente, ha violado una de las garantías que integran el contenido del proceso debido. Y además ha colocado, por ello, a la recurrente en amparo en situación de efectiva indefensión pues ni tuvo oportunidad u ocasión de prever, dado el sometimiento judicial al imperio de la ley, tal preterición del sistema de fuentes, ni pudo hacer uso del trámite de alegaciones del art. 35 LOTC.

Es indudable que forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial por mandato de la propia Constitución (art. 117.3), la de seleccionar la norma jurídica aplicable al caso concreto de entre las varias posibles, su interpretación y la subsumición en ella de los hechos (STC 76/1995, de 22 de mayo, FJ 5). Ahora bien, tampoco cabe duda de que el art. 117.3 CE no faculta al juez a que, una vez seleccionada la única norma aplicable al caso concreto, simplemente la inaplique, soslayando, por una parte, el procedimiento expresamente establecido en la norma suprema a tal fin (la cuestión de inconstitucionalidad del art. 163) y desconociendo, por otra parte, el principio de legalidad inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su Título Preliminar (art. 9.3), y que es un límite no sólo de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) sino también de la judicial (art. 117.1 CE; STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2). La norma legal, en tanto que este Tribunal no la declare inconstitucional y por ello nula, está vigente (STC 23/1988, de 22 de febrero, FJ 1). Sin embargo, en el presente caso nos encontramos ante unas resoluciones judiciales que, como dice expresamente el Ministerio Fiscal, «por razones no muy bien entendibles que aduce de 'legalidad ordinaria'» inaplican una ley autonómica postconstitucional, que no sólo representa la voluntad del pueblo de Cataluña amparada por la Constitución, sino que fue además expresamente declarada constitucional por la STC 296/1994, de 10 de noviembre.

Así pues, es claro que hubo extralimitación en sus funciones por el órgano judicial, el cual, si estimaba la ley inconstitucional (bien que por motivos distintos a aquéllos por los cuales había sido declarada constitucional en su día, concretamente por la STC 296/1994, de 10 de noviembre), venía obligado a suscitar la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, y, si no lo estimaba así, supuesto en el que obviamente no estaba compelido a plantear la cuestión, debía limitarse a aplicarla. No cabe un tercer término.

En consecuencia, es obligado concluir que las decisiones judiciales cuestionadas ante esta instancia constitucional han vulnerado tanto el derecho de la Administración demandante de amparo a un proceso en el que, con todas las garantías, pudiera llegar a declararse en su caso la inconstitucionalidad de la Ley, como el derecho a no padecer indefensión y, por tanto, ello ha de conducir a la estimación del presente recurso de

amparo con la consiguiente anulación de las resoluciones judiciales recurridas.

## 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 la Generalidad de Cataluña y, en su virtud:

1.º Declarar que se ha vulnerado el derecho de la recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías.

2.º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de fecha 24 de diciembre de 1998 y del Auto de fecha 28 de julio de 1999, dictadas ambas resoluciones por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso contencioso-administrativo núm. 2011/94, retrotrayendo las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior al de la referida Sentencia, a fin de que se dicte otra nueva Sentencia en la que se respeten los derechos vulnerados.

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

Dada en Madrid, a nueve de octubre de dos mil dos.—Tomás S. Vives Antón.—Pablo Cachón Villar.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Firmado y rubricado.

**20593** *Sala Segunda. Sentencia 174/2002, de 9 de octubre de 2002. Recurso de amparo 1401-2000. Promovido por don Florencio Ferrer Gómez, frente a la Sentencia de un Juzgado de Primera Instancia de Barcelona que declaró la incapacidad de su hijo y rehabilitó la patria potestad de la madre.*

*Vulneración de los derechos a la tutela judicial sin indefensión y a un proceso con garantías: Falta de citación y de audiencia al padre de una persona sometida a procedimiento civil de incapacitación.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Tomás S. Vives Antón, Presidente, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez y doña Elisa Pérez Vera Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1401-2000, promovido por don Florencio Ferrer Gómez, representado por el Procurador de los Tribunales don José-Luis Pinto Marabotto y asistido por el Abogado don Xavier Felip i Arroyo, contra la Sentencia de 30 de julio de 1999 del Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Barcelona, dictada en el juicio de menor cuantía 622/99. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y ha sido parte doña Pilar Corpas Santamarina, representada por el Procurador don Carlos Riópérez Losada y asistida por el Letrado don Leopoldo

Gay Montalvo. 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 10 de marzo de 2000 se interpuso el recurso de amparo que se deja mencionado en el encabezamiento y que se fundamenta en los siguientes hechos:

a) Don Florencio Ferrer Gómez contrajo matrimonio con doña Pilar Corpas Santamarina el 18 de mayo de 1968, de cuya unión nació el 14 de febrero de 1971 un hijo llamado Florencio-Valentín Ferrer Corpas.

Por Sentencia de 12 de julio de 1995 del Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Barcelona (autos 5322/95) se declaró la separación matrimonial de ambos cónyuges, y se aprobó el convenio regulador pactado por las partes, que en su parte dispositiva estableció expresamente que «el hijo común Florencio Valentín, mayor de edad, pero con disminución sensorial, quedará bajo la guarda y custodia de la madre, si bien ambos progenitores ejercerán conjuntamente la patria potestad, quienes deberán consultarse en cuantos asuntos de interés o gravedad se presenten».

b) Con fecha de 11 de marzo de 1999 doña Pilar Corpas Santamarina formuló demanda de juicio de menor cuantía en solicitud de declaración de incapacidad del hijo don Florencio Ferrer Corpas y de rehabilitación de la patria potestad a favor de la madre, alegando que el hijo padecía una importante disminución psíquica desde su nacimiento (síndrome Lennox), que le impide el gobierno de su persona en los actos más elementales de la vida, habiendo sido declarada su incapacidad con carácter permanente por la Generalitat de Catalunya, interesando la rehabilitación de la patria potestad sólo respecto de la madre, ya que el padre, desde la separación matrimonial, tiene escasísima relación con el hijo.

c) Admitida a trámite la demanda por providencia de 16 de marzo de 1999 se siguió el procedimiento con el Ministerio Fiscal, practicándose la prueba de exploración judicial del demandado, informe del Médico Forense y audiencia de los parientes más próximos, sin incluir entre ellos al ahora demandante del amparo, tras lo cual el Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Barcelona (autos 622/99) dictó Sentencia el 30 de julio de 1999 en la que estimó la demanda y declaró que el demandado don Florencio Ferrer Corpas es totalmente incapaz para gobernarse por sí mismo y para administrar sus bienes, rehabilitando la potestad de la madre, privando al demandado del derecho de sufragio activo y pasivo, tanto para las elecciones generales como autonómicas y locales, sin hacer expreso pronunciamiento respecto de las costas.

d) Con fecha de 31 de diciembre de 1999 el ahora recurrente, debidamente representado por Procurador y asistido por Letrado, instó el incidente de nulidad de actuaciones del art. 240.3 LOPJ, alegando, en síntesis, que la Sentencia dictada en el juicio de menor cuantía en la que se declaró la incapacitación de su hijo y la rehabilitación de la patria potestad a favor de la madre, se ha dictado con defectos de forma que causan indefensión, ya que se ha prescindido del trámite establecido en el art. 208 CC (audiencia de los parientes más próximos) al no haberse citado al padre del presunto incapaz, y además la patria potestad debió rehabilitarse a favor de ambos progenitores.

e) El Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Barcelona (autos 622/99), por Auto de 9 de febrero de 2000, notificado el 17 de febrero, declaró no haber lugar a admitir el incidente de nulidad de actuaciones formulado, por considerar que era inadmisibles conforme al art. 742, párrafo segundo, LEC.