**STC 31/2008, de 25 de febrero de 2008**

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

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el recurso de amparo núm. 6739-2004, promovido por Frigoríficos Canarios y Explotaciones Pesqueras, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Enrique Sorribes Torra y asistida por el Abogado don César Molinero, contra el Auto dictado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, de 16 de julio de 2004, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra su Sentencia de 16 de enero de 2004, dictada en el recurso núm. 409-1993. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Pascual Sala Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el 15 de noviembre de 2004 don Enrique Sorribes Torra, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de la mercantil Frigoríficos Canarios y Explotaciones Pesqueras, S.A., interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales citadas en el encabezamiento.

2. Los hechos que fundamentan la demanda de amparo son, resumidamente, los siguientes:

a) La mercantil demandante de amparo interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Canarias, de fecha 27 de enero de 1993, que desestimó la reclamación económico-administrativa que había formulado contra la liquidación girada por la Junta de Puertos del Estado en concepto de canon por concesiones correspondiente al segundo semestre de 1992, por considerar que el Real Decreto 2546/1985, de 27 de diciembre, aplicado por la Administración para girar la liquidación discutida, incumplía la reserva de ley del art. 31.3 CE y carecía de la imprescindible cobertura legal.

b) Por Sentencia de 16 de enero de 2004 la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Las Palmas de Gran Canaria, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias desestimó el recurso, por considerar que el art. 9 de la Ley 18/1985, de 1 de julio, que modifica la Ley 1/1966, de 28 de enero, sobre régimen financiero de los puertos, que autoriza al Gobierno a dictar las disposiciones necesarias para la actualización del canon de las concesiones portuarias, prestaba la imprescindible cobertura legal a la resolución administrativa recurrida y concluir, en consecuencia, que la “Administración actuó conforme a la legalidad vigente”.

c) Contra esta Sentencia al recurrente promovió incidente de nulidad de actuaciones, denunciando la incongruencia omisiva en que habría incurrido al no pronunciarse sobre su alegación de inconstitucionalidad del citado Real Decreto 2546/1985. Mediante Auto de 16 de julio de 2004, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias desestimó el incidente planteado.

3. En su demanda de amparo la mercantil recurrente denuncia la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva (art. 24.1 CE) y la infracción del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley (art. 14 CE). En relación a lo primero insiste en que la Sentencia que combate dejó efectivamente imprejuzgada la pretensión que oportunamente formuló ante el órgano judicial denunciando la inconstitucionalidad del Real Decreto 1546/1985, de 27 de diciembre, por infracción de lo dispuesto en el art. 31.3 CE. Y respecto a lo segundo advierte que la Sentencia impugnada, de 16 de enero de 2004, se ha apartado sin ninguna motivación que lo justifique del criterio que el propio órgano judicial, poco antes y un asunto sustancialmente idéntico, había mantenido en su Sentencia de 17 de septiembre de 2003, dictada en el recurso núm. 41-1993, que cita para su contraste, extractando parte de su contenido. La recurrente subraya que, en este otro caso, el órgano judicial, a diferencia de lo sucedido en el suyo, estimó el recurso entonces interpuesto por la entidad Frigoríficos Hispano Suizos, S.A., y, en consecuencia, declaró la nulidad de las liquidaciones giradas por la Junta de Puertos del Estado por el mismo concepto de canon por concesiones, al considerar que las resoluciones entonces impugnadas carecían de la imprescindible cobertura en una norma con rango legal, toda vez que el Real Decreto 2546/1985, aplicado por la Administración para practicar las controvertidas liquidaciones, es una norma de rango meramente reglamentario, y el art. 9 de la Ley 18/1985, de 1 de julio, que autorizaba al Gobierno para fijar el canon correspondiente, había sido declarado inconstitucional y, por tanto, nulo por este Tribunal Constitucional en su Sentencia 63/2003, de 27 de marzo, por vulnerar la reserva de ley en materia tributaria que previenen los arts. 31.3 y 133 CE.

4. Por providencia de 17 de octubre de 2006 la Sala Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 LOTC, dirigir comunicación al Tribunal Económico-Administrativo Regional de Canarias y a la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias para que, respectivamente, remitieran certificación o copia adverada de las actuaciones correspondientes a la reclamación formulada contra la liquidación girada por la Junta de Puertos del Estado y al recurso contencioso-administrativo núm. 409-1993, al tiempo que por el citado órgano judicial se emplazara a quienes hubiesen sido parte en este procedimiento, con excepción de la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecen en este proceso constitucional de amparo. Lo que efectivamente hizo el Abogado del Estado mediante escrito registrado en este Tribunal el 19 de octubre de 2006, interesando se le tuviera por personado en el presente recurso de amparo.

5. Por diligencia de ordenación de la Sala de 30 de enero de 2007 se acordó tener por personado y parte en el procedimiento al Abogado del Estado, en la representación que ostenta, y, con arreglo a lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, conceder a todas las partes personadas y al Ministerio Fiscal plazo común por veinte días para que, con vista de las actuaciones recibidas, formulasen alegaciones.

6. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 27 de febrero de 2007 el Abogado del Estado presentó sus alegaciones interesando la desestimación del amparo por considerar que no es posible advertir en la Sentencia impugnada ninguna de las dos tachas constitucionales que le reprocha la mercantil recurrente. El Abogado del Estado rechaza, en primer lugar, la posibilidad de comprobar la desigualdad en la aplicación judicial de la ley que se denuncia (art. 14 CE), toda vez que la recurrente no ha aportado, según es siempre obligado conforme a una consolidada jurisprudencia constitucional, la oportuna certificación o copia de la Sentencia de contraste que cita en su demanda y de la que supuestamente se habría apartado sin ninguna motivación la ahora recurrida. Y niega también, en segundo lugar, que la Sentencia impugnada sea incongruente, toda vez que la cuestión sobre la pretendida inconstitucionalidad del Real Decreto 2456/1985, fue introducida ex novo por la actora en su escrito de alegaciones y, por tanto, en forma intempestiva, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 65.1 LJCA, el órgano judicial no estaba obligado a responderla.

7. Con fecha 1 de marzo de 2007 la entidad Frigoríficos Canarios y Explotaciones Pesqueras, S.A., presentó su escrito de alegaciones, reiterando las ya formuladas en su escrito de demanda de amparo constitucional.

8. El 7 de marzo de 2007 el Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones. Tras resumir los principales antecedentes del caso el Fiscal niega también, por su parte, que el órgano judicial no diera respuesta a todas las cuestiones planteadas en el proceso por la recurrente, según se desprende del examen pormenorizado de las actuaciones judiciales, sin perjuicio, añade, de que la motivación de esa respuesta judicial sea reprochable con arreglo al art. 24.1 CE, en la medida que resulta manifiestamente irracional, cuando no arbitraria o patentemente errónea, por cuanto ignora por completo, sin ninguna razón que lo justifique, la previa declaración de inconstitucionalidad del art. 9 de la Ley 18/1985, de 1 de julio, decidida por este Tribunal Constitucional en su Sentencia 63/2003, de 27 de marzo, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 249-1995, y promovida precisamente por la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

Seguidamente el Fiscal analiza la tacha de desigualdad que se denuncia para concluir que, efectivamente, en el presente asunto, según se desprende del contraste entre la Sentencia impugnada, de 16 de enero de 2004, y la citada por la mercantil recurrente como término de comparación, de 17 de septiembre de 2003, concurren todos los requisitos que son necesarios para comprobar la lesión del art. 14 CE, por infracción del principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley. Y concluye interesando el otorgamiento del amparo solicitado por vulneración de los derechos a la igualdad del art. 14 CE y a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE por la incorrecta motivación de las resoluciones recurridas.

9. Por providencia de 21 de febrero de 2008, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 25 del mismo mes y año.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Conforme con más detalle se ha señalado en los antecedentes de esta resolución la mercantil recurrente en amparo impugna la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 16 de enero de 2004, por dos motivos. De un lado porque considera que se ha apartado sin ninguna motivación que lo justifique del criterio que el propio órgano judicial, poco antes y en un asunto idéntico, había mantenido en su Sentencia de 17 de septiembre de 2003 y, en consecuencia, que ha vulnerado por este motivo el derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley que garantiza el art. 14 CE. Y de otro porque, en su criterio, la citada Sentencia incurrió en incongruencia omisiva o ex silentio contraria al art. 24.1 CE al dejar sin resolver la cuestión que planteó en el proceso judicial interesando la nulidad del Real Decreto 2546/1985, de 27 de diciembre, aplicado por la Administración para girar la liquidación discutida en el proceso judicial, por infracción del principio de reserva de ley en materia tributaria. La recurrente extiende esta última tacha constitucional al Auto de 16 de julio de 2004, que desestimó el incidente de nulidad promovido, en la medida que no acertó a reparar el vicio de incongruencia omisiva que denunció entonces por el mismo motivo.

El Abogado del Estado rechaza que la Sentencia recurrida haya incurrido en las mencionadas tachas constitucionales. En el primer caso porque la mercantil recurrente no ha aportado a este proceso de amparo el término de comparación que es imprescindible para poder comprobar la lesión del art. 14 CE que denuncia. Y en el otro porque la cuestión que la Sentencia supuestamente dejó imprejuzgada fue planteada ex novo por la recurrente en su escrito de conclusiones y, por tanto, de forma improcedente, por lo que no reclamaba ninguna respuesta del órgano judicial.

El Ministerio Fiscal, que niega también la existencia de la incongruencia omisiva que denuncia la mercantil recurrente, bien que con las destacadas matizaciones que se han expuesto en los antecedentes, interesa en todo caso el otorgamiento del amparo solicitado por el segundo motivo considerado, pues, en su opinión, en el presente asunto concurren efectivamente todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para poder apreciar la lesión del art. 14 CE por infracción del principio de igualdad en la aplicación judicial de la Ley.

2. Comenzando nuestro análisis por la denunciada lesión del art. 14 CE importa recordar una vez más que, según es doctrina constitucional consolidada, que está resumida entre otras muchas en la más reciente STC 184/2007, de 10 de septiembre (FJ 2), para poder comprobar la lesión del principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley es preciso que concurran los siguientes requisitos:

a) La acreditación de un tertium comparationis, puesto que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial dictadas en casos sustancialmente iguales pero resueltos de forma contradictoria.   b) La identidad de órgano judicial, entendiendo por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de la Sección, al considerarse cada una de éstas como órgano jurisdiccional con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación de la Ley. Esta exigencia permite valorar si la divergencia de criterio expresada por el juzgador es fruto de la libertad de apreciación del órgano jurisdiccional en el ejercicio de su función juzgadora (art. 117.3 CE) y consecuencia de una diferente apreciación jurídica de los supuestos sometidos a su decisión, o, por el contrario, un cambio de valoración del caso puramente arbitrario, carente de fundamentación suficiente y razonable.   c) La existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de “la referencia a otro” exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la Ley, excluyente de la comparación consigo mismo.   d) Finalmente la ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició. Como también está dicho en esa misma doctrina, la razón de esta exigencia estriba en que el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda cambiar caprichosamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales sin una argumentación razonada de dicha separación que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a una respuesta ad personam, singularizada. Lo que negativamente significa que no podrá apreciarse la lesión de este derecho fundamental cuando el cambio de criterio responda a una vocación de generalidad, ya sea porque en la resolución se explicitan las razones que lo motivan o porque así se deduzca de otros elementos de juicio externos, como pueden ser significativamente posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta en la Sentencia impugnada, que permitan apreciar dicho cambio como solución genérica aplicable en casos futuros y no como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso.

3. La aplicación de esta consolidada doctrina al presente caso conduce directamente, conforme también ha interesado el Ministerio Fiscal, al otorgamiento del amparo solicitado. Si se lee, en efecto, la Sentencia de contraste dictada asimismo, con fecha de 17 de septiembre de 2003, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en las Palmas de Gran Canaria, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, no hay duda que en esa otra ocasión precedente el órgano judicial estimó el recurso entonces interpuesto y, en consecuencia, declaró la nulidad de las liquidaciones giradas por la Junta de Puertos del Estado por el concepto de canon por concesiones administrativas por ocupación del dominio público, al considerar que las resoluciones entonces impugnadas carecían de la imprescindible cobertura en una norma con rango legal, toda vez que el Real Decreto 2546/1985, aplicado por la Administración para practicar las controvertidas liquidaciones, es una norma de rango meramente reglamentario, y el art. 9 de la Ley 18/1985, de 1 de julio, que autorizaba al Gobierno para fijar el canon correspondiente, había sido declarado inconstitucional y, por tanto, nulo por este Tribunal Constitucional en su Sentencia 63/2003, de 27 de marzo, por vulnerar la reserva de ley en materia tributaria que previenen los arts. 31.3 y 133 CE.

En cambio, en la Sentencia ahora impugnada, el órgano judicial, en un asunto sustancialmente idéntico, declaró que la liquidación impugnada en el proceso contencioso, y girada también por la Junta de Puertos del Estado en Las Palmas por el mismo concepto de canon por concesiones, “se basa en la previsión del art. 9 de la Ley 18/1985, de 1 de julio, que modifica parcialmente la Ley 1/1966, de 28 de enero, sobre régimen financiero de los puertos … que permite [al Gobierno] la actualización anual del canon de la concesión”. Por este motivo la Sentencia concluye que “la Administración actuó conforme a la legalidad vigente”. Sorprendentemente, en esta ocasión, como con acierto advierte el Fiscal, no hay ninguna mención a lo decidido previamente por este Tribunal en la citada Sentencia 63/2003, de 27 de marzo, no obstante conocer el órgano judicial su existencia, y pese a que ahora también, según consta anotado en la propia Sentencia, la mercantil recurrente había opuesto como motivo de impugnación que el citado art. 8 del Real Decreto 2546/1985, de 27 de diciembre, pugnaba con la reserva del ley del art. 31.3 CE y carecía de la imprescindible cobertura legal.

No existiendo ninguna duda acerca de la identidad del órgano judicial, ni sobre la igualdad sustancial entre los supuestos enjuiciados y resueltos en cada caso, la divergencia de criterio es tan manifiesta, y la ausencia de cualquier explicación que lo justifique tan llamativa, que el único obstáculo que con relativo rigor existe para poder confirmar la lesión del art. 14 CE que se denuncia es previo y de orden meramente procesal. Es el que apunta el Abogado del Estado cuando subraya que el hecho de que la recurrente no haya aportado a este proceso constitucional copia de la citada Sentencia de contraste impide comprobar la lesión del art. 14 CE y, por tanto, que dicha circunstancia es motivo suficiente para desestimar la tacha de desigualdad.

Ciertamente tiene razón el Abogado del Estado cuando advierte, con cita de las SSTC 102/1999, de 31 de mayo (FJ 2), 111/2001, de 7 de mayo (FJ 2), y 54/2006, de 27 de febrero (FJ 4), que es carga procesal del demandante de amparo aportar en la debida forma el adecuado tertium comparationis. Como lo es también, en principio, que la simple cita de la Sentencia aducida como término de contraste, o la simple reproducción de algunos de sus párrafos, no es suficiente para entender cabalmente cumplido el indicado requisito.

No obstante la citada carga procesal no puede ser interpretada, bajo cualquier condición, en el riguroso sentido propuesto por el Abogado del Estado. Como sucede las más de las veces, las particulares circunstancias concurrentes en cada caso pueden imponer alguna matización. Singularmente, para comprobar si el recurrente ha cumplido el requisito de la acreditación de un tertium comparationis, atender al origen de la resolución puede en ocasiones resultar indispensable.

A este respecto, en el presente caso, importa subrayar el hecho, ya destacado más arriba, de que en el recurso contencioso-administrativo núm. 41-1993, que es el resuelto por la Sentencia de 17 de septiembre de 2003, invocada por la mercantil recurrente en amparo como término de contraste, la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en las Palmas de Gran Canaria del Tribunal Superior de Justicia de Canarias elevó a este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad en relación, entre otros preceptos legales, con el repetido art. 9 de la Ley 18/1985, de 1 de julio, por su posible vulneración de los arts. 31.3 y 133 CE. Como también se ha señalado, dicha cuestión, registrada con el núm. 249-1995, fue resuelta finalmente por la STC 63/2003, de 27 de marzo, que declaró la inconstitucionalidad del citado precepto legal cuestionado. Por este motivo no hay duda que el Tribunal conocía perfectamente de antemano las circunstancias y pormenores de ese otro recurso contencioso y de que, por consiguiente, aun en defecto de la correspondiente copia de la citada Sentencia de contraste, disponía de elementos suficientes para poder comprobar en el presente recurso de amparo la necesaria identidad sustancial entre los respectivos supuestos, sin por ello incurrir en reconstrucción alguna de la demanda.

Esta significada circunstancia, ciertamente excepcional, impide en esta ocasión aceptar el reparo opuesto por el Abogado del Estado. En consecuencia debemos concluir, según más arriba hemos adelantado, que la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Las Palmas de Gran Canaria del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 16 de enero de 2004, efectivamente vulneró el derecho fundamental de la mercantil recurrente a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE).

4. La estimación de este motivo de amparo y, en consecuencia, la anulación de la Sentencia impugnada, con la consiguiente retroacción de las actuaciones judiciales al momento anterior al de dictar sentencia para que citado el órgano judicial dicte otra respetuosa con el derecho fundamental del art. 14 CE y con la declaración de inconstitucionalidad del art. 9 de la Ley 18/1985, de 1 de julio, decidida en nuestra STC 63/2003, de 27 de marzo, hacen innecesario que nos pronunciemos sobre el vicio de incongruencia omisiva o ex silentio que la mercantil recurrente asimismo reprocha a la Sentencia recurrida.

### F A L L O

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por la mercantil Frigoríficos Canarios y Explotaciones Pesqueras, S.A. y, en su virtud:

1º Declarar que ha sido vulnerado su derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE).

2º Restablecer a la entidad recurrente en la integridad de su derecho y, a tal fin, anular la Sentencia de fecha 16 de enero de 2004, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en el recurso contencioso-administrativo núm. 409-1993, y asimismo, en cuanto declara su firmeza, el Auto de 16 de julio de 2004, dictado en el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la anterior, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al de dictarse la Sentencia anulada, para que el órgano judicial dicte otra con respeto al derecho fundamental reconocido y a lo resuelto por este Tribunal Constitucional en su Sentencia 63/2003, de 27 de marzo.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a. veinticinco de febrero de dos mil ocho.