|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 120/2008 |
| Fecha | de 6 de mayo de 2008 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Doña María Emilia Casas Baamonde, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps. |
| Núm. de registro | 9545-2006 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 9545-2006 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 9545-2006, planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El día 20 de octubre de 2006 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Constitucional un escrito de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, al que se acompaña, junto con el testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto de la referida Sala de 31 de julio de 2006, mediante el que se acuerda elevar a este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 3, apartado 4, núm. 2, letra a), del Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y apuestas, en la redacción dada al mismo por los arts. 38.2.1 de la Ley 5/1990, de 29 de junio; 67.2 de la Ley 12/1996, de 30 de diciembre; y 73.5 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre; dado que dicho precepto pudiera ser contrario a los arts. 1.1, 9.3, 14, 31.1, 33, 38, 40.1 y 130.1, todos ellos de la CE.

2. Los antecedentes de hecho del planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad son, en esencia, los siguientes:

a) La entidad Codere Barcelona, S.A., interpuso recurso contencioso-administrativo (núm. 1221-2002) ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña contra varias resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña que desestimaban las reclamaciones interpuestas contra resoluciones de la Delegación Territorial en Barcelona del Departamento de Economía y Finanzas de la Generalidad de Cataluña que denegaban la solicitud de ingresos indebidos en concepto de tasa de juego correspondiente a los ejercicios 1992 a 1998, ambos inclusive.

b) Admitido y tramitado el recurso, y una vez conclusos los Autos, el día 28 de junio de 2006 la citada Sala dictó providencia en la que, de conformidad con el art. 35.2 LOTC, con suspensión del término del plazo para dictar Sentencia, se acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal, por término de diez días, para que alegasen lo que estimaran oportuno “sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad del apartado a) del número 2 del artículo 3.4 del Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, según la redacción dada al mismo por los artículos 38.2.1 de la Ley 5/1990, de 29 de junio; 67.2 de la Ley 12/1996, de 30 de diciembre; y 73.5 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre; por inconstitucionalidad de la cuantía de la tasa de juego exigida durante los ejercicios 1992 a 1998, al poder contravenir los artículos 1.1 (justicia como valor superior del ordenamiento jurídico), 9.3 (principio de interdicción de la arbitrariedad), 14 (principio de igualdad), 31.1 (principio de progresividad y prohibición de alcance confiscatorio del sistema tributario justo), 33 (derecho a la propiedad privada), 38 (reconocimiento de la libertad de empresa), 40.1 (condiciones favorables para el progreso económico) y 130.1 (modernización y desarrollo de todos los sectores económicos) de la Constitución Española”.

c) Notificada dicha resolución, el Fiscal presentó escrito el 16 de junio de 2006 en el que estimaba que no procedía el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad porque el art. 3, apartado 4, del Real Decreto-Ley 16/1977, no vulnera los arts. 9.3, 31.1 y 33, todos ellos CE. También el Abogado de la Generalidad, mediante escrito presentado el 17 de julio de 2006, mantuvo la improcedencia de plantear la cuestión al considerar que el precepto impugnado respeta los arts. 1.1, 9.3, 14, 31.1, 33, 38, 40.1 y 130.1, todos ellos CE. Por su parte, la representación procesal Codere Barcelona, S.A., presentó escrito el 11 de julio de 2006 en el que, con apoyo en los mismos razonamientos expuestos en el escrito de demanda contencioso-administrativa, suplicaba se dictara Auto elevando a este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad sobre el precepto impugnado. Finalmente, el Abogado del Estado, por escrito presentado el 28 de julio de 2006, se opuso al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad con fundamento en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de abril de 2006, que, recogiendo el criterio de la STS de 25 de noviembre de 2000, dictada en interés de ley, declaraba ajustada a Derecho la cuota fija de la tasa fiscal sobre juegos de suerte, envite o azar.

3. Mediante Auto de 19 de julio de 2006, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña acordó elevar a este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 3, apartado 4, núm. 2, letra a), del Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y apuestas, en la redacción dada al mismo por los arts. 38.2.1 de la Ley 5/1990, de 29 de junio; 67.2 de la Ley 12/1996; de 30 de diciembre: y 73.5 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre; dado que dicho precepto pudiera ser contrario a los arts. 1.1, 9.3, 14, 31.1, 33, 38, 40.1 y 130.1, todos ellos CE. En la fundamentación jurídica del Auto se razona, en esencia, en los siguientes términos:

a) Tras señalar que no ofrece problemas el juicio de relevancia que exigen los arts. 163 CE y 35.1 LOTC, y subrayar que la llamada tasa del juego es realmente un impuesto con finalidad extrafiscal que recae sobre el ejercicio de la actividad empresarial de explotación de dichas máquinas, la Sala expone la regulación que ha tenido dicho tributo. A este respecto, pone de manifiesto que el Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, estableció que el tipo de la tasa del juego aplicable a las máquinas recreativas de cualquier clase era del 20 por 100 de las cantidades que los jugadores dedicaran a su participación en los juegos; que el Real Decreto-ley 11/1979, de 20 de julio, autorizó al Gobierno a fijar una tarifa única por cada máquina, que se determinaría en función de los ingresos presuntos que se pudieran obtener de las mismas; y, finalmente, que el Real Decreto-ley 9/1980, de 26 de septiembre, aprobó una cuota fija para las máquinas tipo “B” de 6.000 ptas. anuales por máquina. A juicio de la Sala, la modificación establecida por este Real Decreto-ley 9/1980 “alteró sustancialmente la esencia del tributo” y plantea dudas desde la perspectiva del principio de capacidad económica, porque la cuota de la tasa quedó establecida en una cantidad fija, determinada en función del tipo de máquina y en atención a los rendimientos “previsibles” que podría generar su explotación, sin ninguna referencia a la capacidad económica de los sujetos llamados a satisfacer la tasa y sin tomar en consideración criterios razonables que permitan clasificar las máquinas.

A partir del Real Decreto-ley 9/1980 —señala el Auto de planteamiento— se produjo un incremento incesante del importe de la cuota fija de la tasa del juego para las máquinas recreativas tipo “B”. Así, en primer lugar, el Real Decreto-ley 8/1982, de 30 de abril, estableció para dichas máquinas una cuota fija de 40.000 ptas. anuales por máquina, incremento que la exposición de motivos de dicha norma justificaba en que, como consecuencia del tratamiento fiscal tan beneficioso que tenían dichas máquinas en comparación con la generalidad de los juegos y de la cuota tan extraordinariamente baja que soportaban, las máquinas y aparatos automáticos habían “experimentado un desarrollo tan desmesurado que, con independencia de otras posibles consideraciones ético-sociales”, habían “dado lugar a una notable retracción de otras modalidades de juegos fiscalmente más controladas, sin la correspondiente contrapartida del incremento en la recaudación”. Seguidamente, la Ley 5/1983, de 29 de junio, aumentó la cuota fija para las máquinas tipo “B” de 40.000 a 125.000 ptas. y creó un gravamen complementario que fue declarado constitucional por la STC 126/1987, de 16 de julio. Posteriormente, esa cuota fija de 125.000 ptas., aumentó moderadamente hasta 135.000 ptas. por máquina y año para el ejercicio 1989 en virtud de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre.

Para el siguiente ejercicio, el art. 39.2 del Real Decreto-Ley 7/1989, de 29 de diciembre, modificó el art. 3.4 del Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, estableciendo en su apartado 2 a) una cuota fija para las máquinas recreativas tipo “B” de 141.750 ptas. Dicho Real Decreto-ley 7/1989 dio lugar a la Ley 5/1990, de 29 de junio, que, además de aumentar la cuota anual hasta la cantidad de 375.000 ptas. anuales por máquina, creó un gravamen complementario que fue declarado inconstitucional por la referida STC 173/1996, de 31 de octubre. Según subraya el Auto de planteamiento, dicha elevación de la cuota y el gravamen complementario aprobados por el Real Decreto-ley 7/1989, conforme expresaba la enmienda del Grupo Socialista que propuso dichas medidas, se fundamentaron en que el “espectacular incremento del gasto en los juegos de suerte, envite o azar en nuestro país, est[aba] generando fenómenos sociales indeseables”, en que las empresas dedicadas al juego no estaban “soportando una carga fiscal suficiente”, y, en fin, en que la empresas de juego “se orientan hacia los estratos medios y bajos de la renta personal, constituyendo un riesgo evidente la proliferación de los “minicasinos” y los locales dedicados a este tipo de juegos”. La cuantía de 375.000 ptas. al año por máquina fue mantenida en 1991 por el art. 77 de la Ley 31/1990, de 27 de septiembre, y para 1992 por el art. 83.2 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre.

Desde 1993 hasta 1996, sin embargo, las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado incrementaron la cuantía de las tasas de la Hacienda estatal mediante la aplicación de unos coeficientes a las cuotas fijas exigibles en los ejercicios inmediatamente anteriores (1,05 para 1993; 1,03 para 1994; y 1,035 para 1995 y 1996), actualizaciones que STS de 14 de marzo de 1998 consideró improcedentes porque estaban previstas para las tasas y el tributo sobre el juego no tiene tal naturaleza.

Finalmente, tanto la Ley 12/1996, de 30 de diciembre (art. 67.2), como la Ley 65/1997, de 30 de diciembre (art. 73.5), dieron una nueva redacción al art. 3, apartado 4, del Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, y establecieron una cuota fija anual para las máquinas tipo “B” de 456.000 ptas., cantidad a la que hay que añadir el recargo del 20 por 100 sobre la tasa de juego establecido por la Ley 2/1987, de 5 de enero, del Parlamento de Cataluña.

b) Para examinar la constitucionalidad de la cuantía del tributo cuestionado, la Sala considera que debe partirse de la premisa de que éste constituye un impuesto con finalidad extrafiscal que recae sobre el ejercicio de las actividades empresariales que explotan dichas máquinas, impuestos que, conforme a la doctrina establecida por este Tribunal Constitucional, sólo pueden perseguir los objetivos derivados de los arts. 40.1 y 130.1 CE, y deben siempre respetar los principios contenidos en el art. 31.1 CE. Y para contrastar si el importe de la cuota única de la tasa de juego de los años 1992 a 1998 resulta respetuoso con dichos principios la Sala estima que debe atenderse a los resultados obtenidos con la aplicación de las leyes tributarias, valiéndose de la información que suministran los estudios económicos y estadísticos que, en este caso, resultan imprescindibles.

c) Comenzando por el análisis desde la perspectiva de los arts. 1.1 (que establece la justicia como valor superior del ordenamiento) y 9.3 (interdicción de la arbitrariedad), ambos CE, la Sala sostiene que la cuantía de la tasa del juego durante el citado período para las máquinas tipo “B” puede calificarse como arbitraria por varios motivos. En primer lugar, porque la tasa ha experimentado un aumento “irracional” del 300 por 100 en sólo siete años —pasando de 125.000 ptas. por máquina en 1983 a 375.000 ptas. en 1990— y del 440 por 100 en catorce años —de 125.000 en 1983 a 547.200 en 1997, aumento que se habría producido sin relación alguna con los resultados económicos de las empresas explotadoras. En segundo lugar, porque tanto los datos del Ministerio del Interior como los de la Comisión Nacional del Juego pondrían de manifiesto que “las circunstancias concurrentes eran justamente las opuestas a aquellas que en 1982 y 1983 el legislador y el Tribunal Constitucional estimaron justificativas del aumento de la tasa entonces producido” (el desarrollo de las máquinas automáticas y la retracción de otras modalidades de juego). En tercer lugar, porque, además de que resulta cuestionable que, una vez descartada la penalización del juego, el legislador pueda seguir estimando como rechazable el mismo en atención a “consideraciones ético-sociales” (exposición de motivos del Real Decreto-ley 8/1982), aunque se entendiese legítimo ese “intervencionismo ético-social”, constituye un puro capricho que desde 1983 a 1990 se estimase como suficiente “desestímulo” una cuota de 125.000 ptas. y, sin que exista justificación alguna de la decisión del legislador, se multiplique por tres la misma cuota.

A juicio de la Sala, en realidad, con el incremento de la cuota de la tasa de juego no se trataba de aumentar la recaudación y disuadir del juego, sino de monopolizar el juego “en manos de la Administración o de entidades fuertemente intervenidas por ella” (el Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado y la Organización Nacional de Ciegos Españoles). De lo anterior deduce la Sala que la llamada tasa de juego sobre las máquinas recreativas carece de la finalidad extrafiscal que se le atribuye, dado que, ni el tributo se vincula a la consecución de finalidad alguna relacionada con los perjuicios que supuestamente pudiera ocasionar el juego a la sociedad, ni la tributación es igual para todos los operadores del sector, pues los públicos disfrutan de una tributación privilegiada respecto de los privados, por lo que nos encontraríamos ante un supuesto análogo al enjuiciado en la STC 289/2000, de 30 de noviembre (que declaró la inconstitucionalidad del Impuesto balear sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente).

Al hilo de lo anterior, la Sala pone de manifiesto que, siendo un factor esencial para controlar la adecuación de la norma a la finalidad perseguida la propia motivación de la misma, la que se contiene en la citada enmienda número 5 del Grupo Socialista que dio lugar en 1990 al incremento de la cuota anual de 141.750 ptas. a 375.000 ptas. mediante la Ley 5/1990, además de notoriamente insuficiente, era errónea por tres motivos. En primer lugar, porque no existió ese “espectacular incremento del gasto” en las máquinas tipo “B”, dado que dicho gasto representó el mismo porcentaje respecto del consumo total en juego en los años 1987, 1988 y 1989, e incluso fue descendiendo posteriormente hasta que en 1998 volvió a los niveles de 1998. En segundo lugar, porque los “fenómenos sociales indeseables” que se dicen producidos, ni vienen respaldados por estudios científicos solventes que lo demuestren, ni, en todo caso, son exclusivos de los juegos gestionados por las empresas privadas. Y, en tercer lugar, en fin, porque no es cierto que las máquinas del tipo “B” generaran “unos ingresos para las empresas de 347.750 millones de ptas., por los que se recaudaron 38.800 como tasa fiscal (11,18 por 100)”.

Finalmente, subraya la Sala que cuando el legislador ha fundamentado el objetivo de la tasa fiscal en la citada enmienda núm. 5 del Grupo Socialista del Congreso, no ha hecho referencia a las finalidades económicas o sociales mencionadas en los arts. 40.1 y 130.1 CE o en el art. 4 LGT, que son las únicas que este Tribunal habría admitido como justificación de los tributos no fiscales, sino en “finalidades de orden moralizante”, que no son constitucionalmente aceptables. Por otro lado, aunque el legislador pretende achacar los fenómenos indeseables del incremento del gasto en los juegos exclusivamente a los gestionados por empresas privadas, los juegos públicos aumentan en cifras mucho mayores y son objeto de publicidad. En este sentido, la Sala considera arbitrario que el legislador, con fundamento en que el fenómeno del juego resulta indeseable, aumente en proporciones geométricas la fiscalidad del juego privado, y, al mismo tiempo, permita la proliferación de los juegos públicos y los promocione con medios ilimitados.

d) A continuación la Sala expone las razones por las que entiende que el precepto cuestionado vulnera el principio de capacidad económica reconocido en el art. 31.1 CE. A este respecto, comienza recordando que el Real Decreto-ley 9/1980 estableció una cantidad fija por año y máquina, alterando de este modo la esencia del tributo y transformándolo en un impuesto. Y, para la Sala, resulta cuestionable que respete el principio de capacidad contributiva en el establecimiento de los tributos la exigencia de una cuota fija determinada en función del tipo de máquina y en atención a los rendimientos “previsibles” que podría generar su explotación.

Entiende la Sala que, para que se respete el principio de capacidad económica, resulta imprescindible que este criterio fundamente la estructura del tributo, “tanto en lo referente al hecho imponible, como a la base, al tipo o a la cuota”. Y, a su juicio, este principio no se tomó en consideración al establecer la cuota fija de la tasa fiscal sobre el juego en los ejercicios 1992 a 1998, dado que dicha cuota se precisó en una cantidad determinada en función de los rendimientos “previsibles” que en general podría generar la explotación de una máquina, sin atender a la capacidad económica de los sujetos pasivos de la tasa, ni tomar en consideración criterios razonables diferenciadores de dichas máquinas.

Para concluir que el precepto cuestionado ha vulnerado el principio de capacidad económica la Sala comienza señalando que la capacidad económica “no puede relacionarse sólo con la autosuficiencia para mantener funciones vitales mínimas”, sino también con la “autosuficiencia para participar del progreso económico”. Partiendo de esta premisa, después de indicar que los mecanismos técnicos de que disponen las máquinas recreativas permiten conocer las cantidades jugadas, la Sala sostiene que de los Informes que cita del Ministerio de Economía Hacienda, la Comisión Nacional del Juego y el Ministerio del Interior se infiere que, “en todos los casos”, en la cuantía fijada para los ejercicios 1992 y siguientes, la tasa cuestionada sería muy superior al beneficio neto de las empresas, y que a partir de 1991 el importe en que se incrementó la cuota fija de la tasa de juego respecto de la establecida para 1989 es siempre superior al beneficio medio y al máximo de las máquinas tipo B. Además, pone de relieve la Sala que el efecto confiscatorio del gravamen complementario de 1990 declarado inconstitucional motivó que el “parque” de máquinas recreativas del sector, que el 1 de enero de 1990 era de 330.000 máquinas, quedara reducido un año después a la cifra de 200.000.

Finalmente, para fundamentar la vulneración del principio de capacidad económica, la Sala añade dos argumentos: de un lado, que al aumentar la tasa de juego en 1990 no se tuvo en cuenta que las empresas operadoras de máquinas o aparatos automáticos no sólo soportan la tasa de juego cuestionada, sino también, además del Impuesto sobre la renta de las personas físicas o el Impuesto de sociedades, la anterior Licencia fiscal de actividades comerciales e industriales, el Impuesto sobre el valor añadido, el recargo autonómico del 20 por 100 creado por la Ley 2/1987, de 5 de enero, del Parlamento de Cataluña, y, como consecuencia de las exigencias propias del mercado, un porcentaje de amortización muy superior al de otras actividades relacionadas con el juego; y, de otro lado, que, en la medida en que las entidades mercantiles recurrentes, por la obtención de renta por la explotación de las máquinas recreativas deben satisfacer tanto el Impuesto sobre sociedades como la llamada tasa fiscal sobre el juego, que en realidad es un impuesto estatal, se produce una doble imposición que habría sido confirmada por la citada STC 296/1994.

e) Seguidamente, la Sala pone de manifiesto que la fijación de una cuota única en función de los ingresos presuntos, pese a que, según los datos del Ministerio de Economía y Hacienda, el rendimiento medio es el doble del mínimo y el máximo más del triple del mínimo, infringe asimismo el principio de igualdad establecido en los arts. 14 y 31.1 CE desde la aprobación de la Orden de Ministerio del Interior de 8 de junio de 1989, cuyo apartado 1 estableció que las máquinas recreativas tipos “B” y de azar tipo “C” fabricadas a partir del día 1 de octubre de 1989 debían incorporar obligatoriamente contadores de monedas, que permiten obtener, entre otros, los datos relativos al número de monedas jugadas, número de monedas retornadas en forma de premios y la recaudación bruta obtenida por máquina. La vulneración del principio de igualdad del art. 14 CE, en síntesis, se produciría porque, exigiendo el principio de igualdad que se establezca la misma tributación en las situaciones en las que exista igualdad de capacidad económica, la norma cuestionada fija una cuota única por máquina recreativa.

f) Además, la Sala cuestionante entiende que de los informes de los Ministerios de Hacienda e Interior ya mencionados y de la prueba pericial practicada en el recurso contencioso- administrativo que ha dado lugar al planteamiento de la presente cuestión se desprendería que el importe de la tasa de juego era “desproporcionado y arbitrario, superior incluso, en algunos casos, a los beneficios obtenidos por la explotación de las máquinas tipo B, con el consiguiente carácter confiscatorio” prohibido por el art. 31.1 CE, dado que, conforme a las SSTC 233/1999 y 14/1998, se produciría confiscación y, al mismo tiempo, el desconocimiento de la garantía prevista en el art. 33.1 CE, cuando mediante la aplicación de las diversas figuras tributarias vigentes se llegara a privar al sujeto pasivo de sus rentas y propiedades. Además de ese aspecto objetivo de la confiscación, a juicio de la Sala, concurriría también el aspecto subjetivo, esto es, el propósito penalizador o sancionador del tributo cuestionado, porque, partiendo de una errónea valoración de la situación económica del sector, se intenta sancionarlo con un tributo que venga a asfixiar sus actividades, en beneficio del juego controlado por el sector público o por los órganos dependientes del mismo.

g) Seguidamente, tras reiterar que la tasa del juego puede vulnerar el derecho de propiedad reconocido en el art. 33 CE (porque “la corrección de supuestos excesos en la práctica del juego nunca puede llevarse a cabo obligando al cierre de las empresas que lo explotan, si no es a través de la correspondiente expropiación e indemnización”), la Sala, con la finalidad de fundamentar la infracción de la libertad de empresa (art. 38 CE), en relación con los arts. 40.1 y 130.1, ambos de la CE, destaca que en la regulación de la tasa de juego, ni los aumentos de su cuantía son proporcionados ni congruentes, ni se respeta el principio de igualdad de oportunidades entre los distintos operadores del sector, dado que se beneficia claramente a los operadores públicos en detrimento de los privados, infringiendo de este modo la doctrina sentada en la STS de 10 de octubre de 1989, en virtud de la cual la actividad que se va a desarrollar con la empresa pública ha de ser una actividad de indudable interés público, apreciable y apreciada en el momento de su creación, y ha de someterse, sin excepción ni privilegio alguno, directo ni indirecto, a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado, así como la STC 112/2006, de 5 de abril, que señala que dentro de las medidas necesarias para la protección de la libertad de empresa tiene especial importancia la defensa de la competencia.

Pues bien, para la Sala, en la regulación del juego no resultan respetados los citados principios, pues no queda garantizado que la actividad de las distintas empresas que operan en el sector del juego se ejerza “en condiciones de igualdad” (cita, a este respecto, las SSTC 112/2006, 225/1993 y 96/2002), ya que se ha primado a unas (básicamente, ONLAE y ONCE) con privilegios fiscales en el IRPF, en detrimento de las del sector privado, a las que se impone una tributación que puede resultar abusiva.

4. Mediante providencia de 22 de mayo de 2007, la Sección Cuarta de este Tribunal acordó, a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegase lo que considerara conveniente acerca de la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, por si fuese notoriamente infundada.

5. El día 18 de junio de 2007 el Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones en el que señala que, guardando la presente cuestión identidad objetiva y subjetiva con la núm. 8638-2006, planteada por el mismo órgano judicial, se remite íntegramente a lo manifestado en aquélla, interesando la inadmisión de la cuestión.

6. En fecha 12 de diciembre de 2006, con arreglo a lo dispuesto en el art. 80 LOTC, en relación con el art. 219.6ª, 13ª y 16ª LOPJ, don Eugeni Gay Montalvo formalizó su abstención en el proceso al haber sido en su día Abogado, Asesor y Letrado de diversas empresas que desarrollaban su actividad en las máquinas de juego tipo “B”. Por Auto de 22 de enero de 2008 el Pleno del Tribunal acordó no estimar la abstención de don Eugeni Gay Montalvo en la presente cuestión de inconstitucionalidad.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Único. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por medio de Auto de 19 de julio de 2006, plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 3, apartado 4, núm. 2, letra

a), del Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y apuestas, en la redacción dada al mismo por los arts. 38.2.1 de la Ley 5/1990, de 29 de

junio; 67.2 de la Ley 12/1996, de 30 de diciembre; y 73.5 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre; dado que dicho precepto pudiera ser contrario a los arts. 1.1, 9.3, 14, 31.1, 33, 38, 40.1 y 130.1, todos ellos CE.

Conforme a lo dispuesto en el art. 37.1 LOTC este Tribunal Constitucional puede rechazar, en trámite de admisión, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales requeridas o cuando la cuestión planteada fuere notoriamente infundada, circunstancia esta última que concurre en el presente caso, como ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en el ATC 71/2008, de 26 de febrero, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8638-2006 que, por idénticos motivos, fue planteada por el mismo órgano judicial.

En efecto, en el citado ATC 71/2008 el Pleno de este Tribunal ha considerado que la cuestión planteada resultaba ser notoriamente infundada al apreciar que la norma cuestionada no vulneraba ninguno de los preceptos constitucionales antes mencionados. Concretamente, en primer lugar, concluyó que el art. 3, apartado 4, 2, a) del Real Decreto-ley 16/1977 no incurría en arbitrariedad, en esencia, porque, conforme hemos señalado ya en las SSTC 126/1987 y 173/1996, las razones aducidas en la exposición de motivos del Real Decreto-ley de 8/1982 y en la enmienda núm. 5 del Grupo Socialista para incrementar la tasa fiscal del juego, resultan conformes con la Constitución, y porque las modalidades de juego que se ofrecen como contraste para ilustrar la existencia de discriminación —la ONCE y la ONLAE— son muy diferentes a las máquinas recreativas tipo “B”, tanto por el titular de la explotación como por la finalidad que persiguen (FJ 3). En segundo lugar, el referido Auto descartó que al gravar con la misma cuota fija a máquinas recreativas que obtienen diversos rendimientos la norma cuestionada estuviera vulnerando el principio de igualdad reconocido en el art. 14 CE, porque la discriminación denunciada por la Sala de los Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no se funda en ninguna de las razones subjetivas a las que alude expresamente dicho precepto, o el recogido en el art. 31.1 CE, porque el principio de igualdad no puede fundamentar un reproche de “discriminación por indiferenciación” (FJ 4). En tercer lugar, el citado ATC 71/2008 rechazó que el precepto del Real Decreto-ley 16/1977 cuestionado infringiera el principio de capacidad económica (art. 31.1 CE) por varias razones: porque aunque existiera un supuesto de doble imposición al gravar la tasa del juego el mismo hecho imponible que el Impuesto de sociedades, la única prohibición de doble imposición en materia tributaria que se recoge expresamente en el bloque de la constitucionalidad viene establecida en el art. 6 de la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA); porque la tasa cuestionada grava un presupuesto de hecho —el rendimiento que previsiblemente se obtiene con la explotación de las máquinas tipo “B”— que constituye una manifestación de riqueza susceptible de imposición que existe en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador; y, en fin, porque sólo cabe exigir que la carga tributaria de cada contribuyente varíe en función de la intensidad en la realización del hecho imponible en aquellos tributos que por su naturaleza y caracteres resulten determinantes en la concreción del deber de contribuir que establece el art. 31.1 CE, lo que no sucede en el caso de la tasa de juego (FJ 5). En cuarto lugar, el ATC 71/2008 descartó que la norma cuestionada quebrantara la prohibición de confiscatoriedad del art. 31.1 CE y, por vía indirecta, el derecho a la propiedad privada reconocido en el art. 33.1 CE, porque, conforme a nuestra doctrina, el efecto confiscatorio sólo se produce si mediante la aplicación de las diversas figuras tributarias vigentes se llegara a privar al sujeto pasivo de sus rentas y propiedades, algo que ni la Sala afirma que se haya producido ni, conforme a los datos que ofrece el propio Auto de planteamiento, puede afirmarse que haya tenido lugar (FJ 6). Finalmente, el mencionado Auto del Pleno de este Tribunal estima notoriamente infundada la alegada vulneración del derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE), conectado con los arts. 128 y 131 CE, porque la norma cuestionada no impide que las personas físicas o las entidades mercantiles se dediquen a la explotación de las máquinas recreativas tipo “B”, sino que se limita a gravar tales actividades, y porque no carece de explicación racional que los premios de los juegos organizados por la Organización Nacional de Loterías y Apuestas del Estado (ONLAE) o la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), a diferencia de los que se obtienen con las máquinas recreativas, estén exentos del IRPF, dado que, como se ha dicho, se trata de modalidades de juego muy distintas por razón del titular de la explotación y la finalidad que persiguen (FJ 7).

En definitiva, de acuerdo con las razones expuestas en el referido ATC 71/2008, de 26 de febrero, a cuyos fundamentos jurídicos 3 a 7 procede remitirse íntegramente, debe inadmitirse la presente cuestión de inconstitucionalidad por ser notoriamente infundada.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 9545-2006, planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Madrid, a seis de mayo de dos mil ocho.