

## **UNA SENTENCIA PARA LA POLEMICA, A MEDIO CAMINO ENTRE EL TEORICO INTERES DEL ESTADO Y EL DEL CIUDADANO EN UN ESTADO DE DERECHO**

Desde el inicio del primer Estado de Alarma, fuimos muchos los que mantuvimos, al margen de la incuestionable necesidad de abordar medidas sanitarias duras para luchar contra la pandemia, que éstas debían de adoptarse garantizando la seguridad jurídica de los afectados por ellas (prácticamente todos) y bajo el paraguas legal del estado de excepción, para garantizar precisamente esta seguridad jurídica propia de un Estado de Derecho.

Pues bien, la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) de 20 de julio de 2021, deja claro unas cosas y deja menos claras otras, pensando que intenta (al contrario de los que muchos responsables públicos han mantenido, sorprendentemente, en su crítica) un equilibrio complicado y difícilmente explicable entre el Estado y el interés general de la ciudadanía en un Estado de Derecho. Es decir, el TC intenta dar “una de cal y una de arena”, con poco éxito a nuestro juicio, pero sin poder cerrar la puerta a que se sigan produciendo decenas de miles de reclamaciones patrimoniales como consecuencia de los daños directos, cuantificables, desproporcionados y acreditados, derivados de la aplicación de los estados de alarma promulgados por el Gobierno de España.

Reconociendo el esfuerzo y el merito de los Magistrados que avalan el fallo por haber seguido una ortodoxia jurídica elogiabile, al margen de las que parecen que han sido presiones de todo tipo, creo que la redacción del fallo ha pretendido buscar el equilibrio, al intenta evitar o minimizar que el Estado cargue con las consecuencias económicas de la obvia “torpeza legislativa” del Gobierno, traducida en una avalancha de reclamaciones que le lleven a un coste económico indemnizable muy elevado.

Desde la anterior “filosofía del fallo” es desde la que pensamos que el mismo es incompleto y timorato a la hora de reconocer explícitamente aquello que la Ley Orgánica 4/1981 dice explícitamente y que el TC reconoce con un, a nuestro juicio temeroso “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3.2 de la L.O. 4/81 de 1 de junio de los estados de alarma, excepción y sitio” (efecto “c” de la declaración de inconstitucionalidad del fallo).

Recordemos a este respecto que el precitado apartado dice literalmente que:

“Dos. Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes”. -

Pues bien, declarado que la suspensión de la libertad de circulación es una “restricción drástica” que acarrea una privación o cesación contraria al artículo 19 de la CE, y que “amputa” además otros derechos como el de mantener reuniones privadas o elegir libremente la propia residencia (arts. 18, 19 y 21 CE), sorprendentemente, cuando se analiza el ejercicio de la actividad empresarial, se dice que la restricción impuesta a actividades o sectores como minoristas, hostelería, restauración, “se ajusta más a la naturaleza de una limitación muy intensa, que a la de una suspensión general” por existir además “la posibilidad de prestar servicios por vías alternativas como los servicios de entrega a domicilio”.-

Lo anterior, a nuestro juicio supone un intento voluntarista del TC de aminorar el impacto político del fallo en el Gobierno y obviamente el impacto económico en el Estado, pero desde nuestra perspectiva, fallido, toda vez que el TC omite obviedades (para no dar pistas) en las que sin duda piensa al citar, como antes señalamos, el artículo 3.2 de la Ley Orgánica. Esto es así toda vez que es difícilmente sostenible que el “ocio nocturno”, por ejemplo, pueda tener vía “alternativa” como el servicio a domicilio, o que algún establecimiento de hostelería o comercial pudiera abrir sabiendo que salvo servicio esencial no se puede salir a la calle ni circular y que, por lo tanto, la potencial clientela está sometida a la privación del derecho que se declara inconstitucional.

Es decir, si la libertad de empresa no se limitó “inconstitucionalmente”, no podremos acogernos en nuestras reclamaciones, como primera justificación de ellas, a la inconstitucionalidad del cierre, pero si al régimen general del art. 3.2 de la L.O. con el argumento adicional de que resulta absurdo pensar en abrir un establecimiento cuando la clientela esta en casa por imperativo legal (hoy inconstitucional) y el no menos importante de la “proporcionalidad” al que el Tribunal acude en diferentes ocasiones.

A mayor abundamiento, cabe señalar que el TC si declara inconstitucional la facultad atribuida al Ministro de poder intensificar o extender las restricciones establecidas a la libertad de empresa del Decreto Ley sin la “correspondiente dación de cuentas al Congreso de los Diputados”. Esto no es baladí, por cuanto todas estas “ampliaciones de las medidas o reducción de los márgenes de libertad (escasos) inicialmente fijados”, al ser inconstitucionales generarían ya casi de manera automática la responsabilidad del Estado por los daños acreditables causados por ellas.

En definitiva y en apretada síntesis fácilmente entendible por todos diremos:

I.- La STC de 20 de julio deja claro que no se puede pretender limitar derechos sin decirlo (sin previa discusión y autorización por parte del Parlamento) por mucha justificación sanitaria y de salud pública que ello pueda tener. En sus propias palabras: **“la apelación a la necesidad no puede hacerse valer por encima de la legalidad ni los intereses generales pueden prevalecer sobre los derechos fundamentales al margen de la Ley”** y con **“menos condicionantes de duración” (veremos que dice el TC del ultimo estado de alarma de seis meses...)** .

II.- Deja igualmente claro que **la suspensión de un derecho constitucional es muy diferente a la limitación extraordinaria de un derecho constitucional**, y por ello se requiere siempre de la declaración de un **estado de excepción**.

III.- La nulidad de los artículos y apartados declarados inconstitucionales por la Sentencia y la consolidada doctrina del propio Tribunal lleva en materia sancionadora (sanciones impuestas por violación o incumplimientos de los preceptos declarados inconstitucionales) a decir que **toda sanción impuesta es revisable y anulable, salvo que sea ya firme en vía administrativa o firme mediante sentencia** con efecto de cosa juzgada. Es igualmente posible la revisión del art. 40.1 de la LOTC.

IV Las reclamaciones (solicitudes de revisión) deben de fundamentarse no solo en la inconstitucionalidad declarada sino adicionalmente en “otros motivos de antijuridicidad”.

V.- La doctrina del “deber jurídico de soportar” llevaría, según el Tribunal, a que la Sentencia no sería por si misma título suficiente para reclamar daños patrimoniales a las Administraciones Públicas, pero como antes señalamos, **“sin perjuicio de lo dispuesto en el art.3.2 de la L.O. de 1 de junio de 1981”**. Es decir, acreditado daño patrimonial directo, desproporcionado (“no deber jurídico de soportar la ruina económica”) y evaluable, derivado de la medida normativa adoptada, quedaría, a nuestro juicio, intacta la posibilidad de reclamar con el aval adicional de que la misma se adoptó, en su caso, en un marco jurídico declarado inconstitucional. A este respecto, en los supuestos de inconstitucionalidad, cabe señalar que la principal reforma que introdujo la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), en el régimen de la responsabilidad patrimonial atañe a la responsabilidad del Estado legislador por las lesiones producidas como consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional o contraria al Derecho de la Unión Europea. Esta responsabilidad se reconoce de forma expresa en el artículo 32 de dicha ley, pero se han introducido dos requisitos procesales nuevos que no exigía ni la legislación anterior ni la jurisprudencia. En concreto, para reclamar una indemnización, como consecuencia de una sentencia del Tribunal Constitucional o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que declare que un acto vulnera la Constitución o el Derecho de la Unión, se exige ahora cumplir dos requisitos procedimentales:

a) Que se haya recurrido la actuación administrativa de aplicación de la ley que causó el daño y se haya obtenido una sentencia firme desestimatoria del recurso («cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, **siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada**»).

b) Que la parte perjudicada, **tal y como ha realizado Acountax con todos sus clientes** en sus reclamaciones, haya alegado la infracción de la Constitución o del Derecho de la Unión posteriormente declarada durante dicho procedimiento de recurso. La Ley de Régimen Jurídico del Sector Público añade además un requisito temporal: el artículo 34.1 establece que sólo «serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la

inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa».

En definitiva, desde ACOUNTAX seguimos aconsejando reclamar, estudiando caso por caso previamente, desde la confianza que nuestros Tribunales de Justicia serán los que finalmente concretarán la amplitud y el contenido del derecho a ser resarcidos por estos daños, que en no pocos casos han llevado a la ruina económica a autónomos, empresas y sectores.

**Manuel Lamela Fernández**  
Socio-Director  
Accountax Madrid

### **NO DUDE EN CONTACTAR CON NOSOTROS.**

El GRUPO ACOUNTAX está a su entera disposición para resolver sus dudas y atenderles en todas las cuestiones profesionales que nos requieran.

Madrid, 22 de julio de 2021



[@AccountaxM](https://twitter.com/AccountaxM)



[Accountax Madrid Abogados](https://www.facebook.com/AccountaxMadridAbogados)



[@accountaxmadrid](https://www.instagram.com/accountaxmadrid)



[Accountax Madrid Abogados](https://www.linkedin.com/company/AccountaxMadridAbogados)