



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº. 2 / 140 / 20

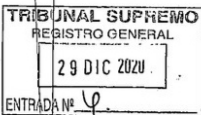
FISCALIA Nº. 135 / 56 / 20

INCIDENTE DE NULIDAD

RECURRENTE: D.

ESCANEADO
REGISTRO GENERAL

29 DIC 2020



A LA EXCMA. SALA

EL FISCAL, en el INCIDENTE DE NULIDAD promovido en el recurso contencioso-administrativo referenciado al margen por la representación procesal de don [redacted] contra la Sentencia de 20 de noviembre de 2020, dictada por esa Excm. Sala y por la que se declara la inadmisión del citado recurso contencioso-administrativo interpuesto respecto de la Orden SND / 458 / 2020, de 30 de mayo, así como su desestimación en cuanto a la Orden SND / 422 / 2020, de 19 de mayo; evacuando el traslado conferido para formular alegaciones mediante Providencia de 22 de diciembre de 2020, con entrada en la Fiscalía del Tribunal Supremo en igual fecha, **DICE:**

1.- Mediante escrito cursado por sistema LexNet el día 22 de diciembre de 2020, la representación procesal de don [redacted] formula incidente de nulidad contra la citada Sentencia de 20 de noviembre de 2020 de esa Excm. Sala, dictada en recurso contencioso-administrativo interpuesto por el procedimiento jurisdiccional relativo a derechos fundamentales Nº. 2 / 140 / 2020.

2.- Regulado por el art. 241 LOPJ el incidente de nulidad de actuaciones, dicho precepto ha previsto que no se admitirá, como regla general, y por excepción se admite cuando medie vulneración de derecho fundamental, siempre que no haya podido denunciarse antes de que recaiga resolución que ponga fin al proceso y dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario o extraordinario.

En particular y con arreglo al mentado art. 241 LOPJ se inadmitirá —mediante providencia sucintamente motivada— cualquier incidente en el que se pretenda suscitar



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

otras cuestiones. Y así la práctica forense entiende que este instituto procesal no es una vía para replantear cuestiones que ya se hicieron valer ante el tribunal al que nuevamente se le plantean las mismas.

En definitiva, el incidente de nulidad de actuaciones tiene por objeto reparar las infracciones relativas a derechos fundamentales que se hubieran cometido en la última resolución a la que alude el citado art. 241 LOPJ y que, por tanto, no se pudieron denunciar con anterioridad.

3.- Sentado el marco legal en el que debe resolverse el incidente de nulidad, este Ministerio quiere hacer constar que, salvo error de apreciación por su parte, al no cuestionarse en el escrito de promoción del incidente la inadmisión –en atención a falta de legitimación del recurrente– del recurso contencioso-administrativo respecto de la Orden SND / 458 / 2020, de 20 de mayo, por vía de una potencial conculcación de algún derecho fundamental en que incurriera tal inadmisión; todo el razonamiento de dicho escrito debe entenderse que gira en torno a la desestimación del mentado recurso contencioso-administrativo en relación con la Orden SND / 422 / 2020, de 19 de mayo y no más.

4.- Dicho lo anterior y abordando las objeciones de nulidad que la parte demandante plantea; es el caso que alega vulneración del derecho a la tutela judicial y a un procedimiento con todas las garantías en igualdad de armas e imparcialidad del juzgador. Ello sería así por cuanto que la conclusión de la Sentencia no guarda relación con la prueba practicada y se produciría incongruencia omisiva por carencia de valoración de la prueba aportada.

Ahora bien, llegados a este punto parece oportuno recordar que la parte demandante en ninguno de los momentos procesales que habilita el art. 60. 1 y 2 LRJCA ha solicitado el recibimiento del pleito a prueba, cosa que sólo ha hecho este Ministerio, como documental en relación con el expediente administrativo, para acreditar que las medidas impuestas por la Orden SND / 422 / 2020 están justificadas en la protección de la salud pública; siendo tal solicitud la que ha dado lugar a que se tenga por reproducido tal expediente en virtud de Auto de 3 de septiembre de 2020.

Así las cosas y con arreglo al art. 319. 2 LEC sucede que, en defecto de disposición de la ley, los hechos, actos o estados de cosas que consten en los documentos administrativos –como es el caso del expediente administrativo– se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba –que en este caso brillan por su ausencia pues la parte actora no los ha propuesto– desvirtúen la certeza de lo documentado. Y sin perjuicio de lo dicho y a mayores, puede añadirse que lo informado



por la Dirección General de Salud Pública en el expediente administrativo en cuestión, sirve para fundamentar las medidas que, ulteriormente, adoptó la Orden SND / 422 / 2020, en un proceso lógico-deductivo que de ninguna manera puede ser tachado de arbitrario, irracional o absurdo.

Tampoco existe incongruencia omisiva por falta de valoración de prueba, pues recordando que la prueba existente es la documental del expediente administrativo, hay que tener en cuenta que, como también recuerda la STS de 17 de mayo de 2017 (Casación 2040 / 2016, F. D. 2º) –y en este caso sucede–, el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con una respuesta a las pretensiones deducidas por las partes –lo que el fallo de la Sentencia censurada hace estrictamente–, así como a las principales alegaciones en las que se funda la estimación o rechazo de aquéllas; sin que sea precisa una puntual y exhaustiva respuesta a toda alegación o argumento expresado por las partes, los cuales pueden quedar implícitamente rechazados o bien ser irrelevantes dada la respuesta dada por el órgano judicial y, si, como también es el caso, *“de la apreciación y examen de la prueba en su conjunto se obtiene las conclusiones que derivan de su examen, no resulta necesario, ni exigible, el examen particularizado de cada una de las pruebas y su resultado, sino que basta su apreciación global, y sacar de ellas las pertinentes consecuencias, lo que implica tácitamente la prevalencia de unas sobre otras”*, si bien dicho sea lo anterior matizando e insistiendo una vez más en que, en este caso, toda la prueba propuesta se reconduce a la documental del expediente administrativo.

5.- También se alega vulneración del derecho a la tutela judicial y a un procedimiento con todas las garantías en igualdad de armas e imparcialidad del juzgador, lo que sucedería, según la parte promotora del incidente, al darse el Tribunal la razón a sí mismo con alusiones a informes no aportados al procedimiento.

Tales informes, que citaría la Sentencia de 20 de noviembre de 2020, serían el emitido por el Alto Consejo de la Salud Pública de Francia, a 20 de agosto de 2020, así como el emitido por el Consejo Científico Covid-19, también de Francia.

Ahora bien, sin perjuicio de la prueba que aporta el expediente administrativo mismo en favor del uso de mascarilla, que es lo que regula la Orden SND / 422 / 2020 impugnada en vía contenciosa; es lo cierto que, trascendiendo de ese particular prueba, lo recomendable del uso de mascarillas –según el actual nivel de conocimientos científicos comunmente admitidos– es un hecho –lo recomendable de ese uso– que sería susceptible de ser calificado como notorio, es decir, conocido de todos y sin perjuicio de la discrepancia al respecto de algunas personas, de lo que es ejemplo el demandante, pero que



por tal notoriedad y a la vista del art. 281. 4 LEC no precisaría de prueba, sin perjuicio de que ésta se haya llevado a cabo en el caso de autos.

No obstante, que los hechos notorios, por serlo, no precisen ser probados para ser tenidos en cuenta por el Tribunal, no es equivalente a que no deban ser alegados; y así resulta que con los informes que se invocan por parte de la Abogacía del Estado, de los cuales se hace eco la Sentencia de 20 de noviembre de 2020 –F. D. 9º–, se está apoyando, por dicha Abogacía, la alegación en favor de ese hecho que es lo recomendable del uso de mascarilla –y que, por lo demás, resultaba ya notorio al tiempo de interponerse la demanda, añadimos ahora–; sucediendo así, en ese contexto descrito, que por parte de los Juzgadores se abunda en la Sentencia en ese mismo hecho de la conveniencia de la mascarilla con la invocación de algunos textos de procedencia francesa, lo cual, dada la aludida notoriedad del hecho, no tiene más valor, ni más relevancia, que una mera ilustración, a mayores y dentro de la órbita del leal saber y entender de dichos Juzgadores; sobre esa misma conveniencia en todo caso, sin que, por la notoriedad del hecho, la fuente de conocimiento que manejen tales Juzgadores les convierta a la par en peritos o testigos –que nunca en parte, según sostiene el demandante–, y como acaecería en otro caso de no ser notorio el hecho –lo recomendable o conveniente del uso de mascarilla–.

6.- No deja de insistir el escrito de incidente –numeral tercero– sobre vulneración del derecho a la tutela judicial y a un procedimiento con todas las garantías en igualdad de armas e imparcialidad del juzgador, y ello por no guardar relación la conclusión de la Sentencia con la prueba practicada. Pero frente a tal aseveración, y para no extender en exceso este escrito, parece oportuno remitirse a lo ya manifestado en los dos números inmediatamente precedentes del mismo.

Sin embargo en particular, el escrito de incidente quiere ver vulneración de la tutela judicial efectiva, por incongruencia omisiva, cuando la Sentencia objetada no fundamenta la medida de uso generalizado de mascarillas en un concreto precepto legal. No obstante y, por el contrario, quede dicho que es el propio escrito de incidente el que refiere que el Tribunal citaría al respecto el Real Decreto 463 / 2020, de 14 de marzo, declarativo del estado de alarma y del que –añadimos ahora– la Sentencia expone su valor y fuerza de ley, debiendo recordarse también ahora lo dicho *supra*, como es que no resulta precisa una puntual y exhaustiva respuesta a toda alegación o argumento expresado por las partes, y siendo el caso, por lo demás, que del examen del invocado Real Decreto 463 / 2020 se observa –en su art. 4. 3– la previsión de facultar a los Ministros para dictar órdenes de adopción de medidas como las de uso obligatorio de mascarillas, con remisión al efecto al



art. 11 de la L. O. 4 / 1981, de 1 de junio, *de los estados de alarma, excepción y sitio*, que, en su letra a) *in fine*, posibilita condicionar a ciertos requisitos –uso de mascarillas en este caso– la circulación y permanencia de personas o vehículos, aunque tal fundamento legal sea rechazado por el demandante en su escrito de incidente.

Cabe añadir que la Sentencia de 20 de noviembre de 2020 –F. D. 4º– llega a precisar, reflejando la evolución del tratamiento normativo de la materia, que:

"En el momento presente el uso obligatorio de mascarillas goza de cobertura superior a norma reglamentaria. Así el art. 6 del Real Decreto-Ley 21/2020 (convalidado por el Congreso de los Diputados el 30 de junio) de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, con el régimen sancionador de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (art. 31 del precitado Real Decreto Ley 21/2020)".

7.- El mismo tipo de vulneración que la referida en números anteriores de este escrito, sobre tutela judicial y procedimiento con garantías, se reitera en el escrito que promueve el incidente –numeral cuarto– para censurar la falta de ponderación entre beneficios y perjuicios del uso de mascarillas, si bien parece que una adecuada ponderación que considere la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida debe operarse no tanto *in genere*, como en relación con la potencial afectación de concretos derechos fundamentales.

Y en el indicado numeral cuarto –además del séptimo– abunda el escrito de nulidad en la vulneración del derecho a la integridad física y moral del demandante, pero ello, en esencia, no es más que la vuelta sobre lo ya discutido en su día en el proceso, como vuelve a insistir dicho escrito –numerales quinto y sexto– en que no se ha valorado la prueba que el demandante aporta; cosa ésta que ya fue objeto de suficiente consideración *supra* a juicio de este Ministerio.

8.- El numeral octavo del escrito de incidente lo dedica la representación procesal del demandante a reiterarse, en lo que, dados los urgentes apremios que concurrieron en la ordenación normativa de la materia, lamentablemente más parece ya cosa de un frívolo juego de acertijo –calificable de pueril sinsentido– que de rigurosa objeción procesal, como es achacar al Tribunal que no fija la norma que contempla la posibilidad de imponer el uso generalizado y obligatorio de la mascarilla. Y por ser ello esencialmente reiteración de algo ya abordado con anterioridad, baste al respecto con remitirnos por nuestra parte a lo dicho sobre ese particular al número 6 del presente escrito en su segundo y tercer párrafo.



9.- Al numeral noveno del escrito de promoción de incidente y siempre sosteniendo menoscabo de la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva, la representación procesal del demandante retorna a la consideración de algo ya abordado durante el proceso, como es el consentimiento informado y la autonomía sobre la salud, haciendo invocación de la Ley 41 / 2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*.

Y al respecto la Sentencia de 20 de noviembre de 2020 -F. D. 9º- con todo rigor expone que:

"...no se encuentra concernido el derecho al consentimiento informado a que se refiere el art. 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente, por el uso obligatorio de la mascarilla. La autonomía del paciente y su procedimiento diagnóstico desarrollado para situaciones ordinarias no se vislumbran afectadas en situaciones extraordinarias, máxime cuando la finalidad y naturaleza de la intervención administrativa es notoriamente conocida (método barrera) sin que se evidencien riesgos generales por el uso de mascarillas".

Cabe añadir ahora, por parte de este Ministerio y aunque sea con reiteración de lo ya expuesto en su día en la contestación a la demanda, que la actuación en el ámbito de la salud y con arreglo a la legislación sobre autonomía del paciente e información clínica a éste, va precisamente referida, como premisa, al paciente, lo que no es de suyo el caso de la Orden SND / 422 / 2020, cuyo destinatario no es propiamente el paciente, sino el conjunto de los ciudadanos como tales ciudadanos. Y apostillando a lo dicho, hay que tomar en cuenta que, según el art. 3 de la citada Ley 41 / 2002, paciente es: *"la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud"*, en tanto que el mero usuario -y según el mismo precepto y a efectos de la citada Ley 41 / 2002-, lo es de un servicio sanitario; por lo que, como resulta de evidente apreciación con la sola lectura de ambos textos legales, no son sujetos destinatarios equiparables o equivalentes los considerados en la Ley 41 / 2002 y la Orden SND / 422 / 2020.

Por lo expuesto



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

El Fiscal **INTERESA** la desestimación de la pretensión de nulidad de actuaciones formulada, por no concurrir la vulneración de derechos fundamentales prevista en el art. 241 LOPJ.

Madrid, 28 de diciembre de 2020

EL FISCAL

