

Roj: **STS 118/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:118**Id Cendoj: **28079130042012100024**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **4**Fecha: **24/01/2012**Nº de Recurso: **1052/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**Ponente: **ANTONIO MARTI GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ CAT 13922/2008,**
STS 118/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Enero de dos mil doce.

VISTO por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 1052/2009, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña María del Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de Don Martin , contra la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2008, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso num. 424/2005 , interpuesto contra la resolución de 26 de julio de 2005 de la Consejera de Salud de la Generalidad de Cataluña, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra el Acuerdo adoptado en fecha 11 de marzo de 2004 por la Junta de Gobierno del Colegio de Farmacéuticos de Tarragona, por la que se desestimó, entre otras, la solicitud formulada por el recurrente para la apertura de una oficina de farmacia en el área básica de salud "Tarragona-5".

No se ha personado en este recurso, como parte recurrida, la Administración de la Comunidad Autónoma de Cataluña, pese a haber sido emplazada en forma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo núm. 424/2005, seguido ante la Sección Quinta de la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se dictó sentencia con fecha 30 de diciembre de 2008 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "**Fallamos En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) ha decidido: 1º.- Desestimar el presente recurso. 2º.- No efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas.**"

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de Don Martin , recurrente en la instancia, se preparó recurso de casación y teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- Dicha representación procesal, por escrito presentado el 27 de marzo de 2009, formalizó recurso de casación, interesando se dicte Sentencia por la que, "con estimación de los motivos de casación, anule la Sentencia recurrida y en su lugar dicte otra en la que, estimando las pretensiones de la demanda que dio origen al recurso contencioso-administrativo sustanciado ante el citado órgano jurisdiccional, **1.** Declare la no conformidad a Derecho y la consiguiente anulación del acto administrativo impugnado por las infracciones alegadas; y **2.** Declare que procede en Derecho la autorización de la petición formulada por la señora Don Martin el día 2 de enero de 2002, al concurrir en aquella fecha una población superior a los 14.000 habitantes; o bien, **3.** Subsidiariamente, para el hipotético y negado supuesto de que no estimara la existencia de dicha



población, autorice igualmente aquella petición que no alcanzando los 14.000 habitantes, la cifra se aproxima a dicho mínimo."

CUARTO.- Mediante providencia dictada por la Sección Primera de esta Sala el día ocho de mayo de dos mil nueve, se acordó la admisión del recurso con remisión de las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala de conformidad con las normas sobre reparto de asuntos donde se tienen por recibidas el uno de junio de dos mil nueve, quedando pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda.

QUINTO.- Por providencia de fecha 11 de enero de 2012, se señaló para votación y fallo el día 17 de enero de 2012, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Marti Garcia, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia que es objeto del presente recurso de casación, desestimó el recurso contencioso administrativo refiriendo en su Fundamento de Derecho Tercero lo siguiente:

" **PRIMERO.-** Como se ha expuesto en los antecedentes, se impugna a través del presente recurso la resolución de 26 de julio de 2005 del Departamento de Salud de la Generalidad de Cataluña, desestimatoria del recurso de alzada formulado contra el acuerdo adoptado en fecha 11 de marzo de 2004 por la Junta de Gobierno del Colegio de Farmacéuticos de Tarragona, por la que se desestimó, entre otras, la solicitud formulada por el recurrente para la apertura de una oficina de farmacia en el área básica de salud "Tarragona-5".

El aquí recurrente, D. Martin , presentó su solicitud en fecha 2 de enero de 2002, e impugna las resoluciones recurridas al considerar que en aquel momento el A.B. S. de Tarragona-5 ya contaba con los 14.000 habitantes necesarios para la apertura de la 4ª oficina de farmacia, en lugar de los 13.691 que admiten las expresadas resoluciones.

SEGUNDO.- La cuestión debatida ha de ser resuelta a la luz de lo dispuesto en el artículo 6.c) de la Ley 31/1991, de 13 de diciembre , en la redacción que le dio el artículo 62 de la Ley 21/2001, de 28 de diciembre , según el cual, en las áreas básicas urbanas, el número de oficinas de farmacia debe ser, como máximo, de una por cada 4.000 habitantes, por cada área básica, excepto que se ultrapase esta proporción en 2.000 habitantes, supuesto en el cual se puede instalar una oficina de farmacia más en el área básica de salud de que se trate, o excepto que se deba aplicar lo que establece la letra f), que resulta ajeno al caso que ahora se examina.

Por su parte, el artículo 6.e) de la citada ley establece que "para el cómputo de los habitantes, se ha de tener en cuenta, en todos los casos, la población del área básica resultante del número de habitantes inscritos en los padrones de los municipios que la integran en el momento de presentar la solicitud, según la certificación librada por los secretarios de los ayuntamientos de los municipios correspondientes, a la cual se debe sumar el 10% de los alojamientos turísticos con que cuenta el área básica, entendiéndose por "alojamientos turísticos" las viviendas de segunda residencia a computar cuatro plazas por vivienda, las plazas hoteleras y las plazas de camping, debidamente probados, en el primer caso, por cualquiera de los medios admitidos en derecho y, en los dos restantes, por certificación del Departamento de Industria, Comercio y Turismo".

TERCERO.- En el supuesto que ahora se examina, no existe debate sobre tres cuestiones fundamentales. Por una parte, que el área básica de salud de Tarragona-5 se conceptúa como área básica urbana. En segundo lugar, que en la fecha de la solicitud existían ya instaladas en el área tres oficinas de farmacia. Por último, que la apertura de una cuarta oficina requería la presencia de 14.000 habitantes, puesto que debe excluirse del cómputo la farmacia que fue trasladada a dicha área básica de salud con posterioridad a la fecha de la solicitud del recurrente.

La cuestión litigiosa se reduce a determinar, a la vista de los documentos incorporados al expediente administrativo y a los presentes autos, si se había alcanzado en dicha área básica de salud la expresada cifra de 14.000 habitantes computables, cuando el recurrente formuló su solicitud en fecha 2 de enero de 2002.

La discrepancia sustancial que se plantea entre las partes reside en la determinación del número de viviendas existente en el área básica de salud "Tarragona-5", a partir del cual se ha calculado el número de ocupantes de viviendas de segunda residencia, mediante el procedimiento de multiplicar por cuatro dicho número total de viviendas, para deducir posteriormente el número de habitantes censados y aplicar al resultado el porcentaje del 10% que establece el artículo 62.e) de la Ley 31/1991 .

Sobre este punto concreto, la resolución impugnada ha partido del número de viviendas que resulta del certificado expedido por el Ayuntamiento de Tarragona (folio 93 del expediente), que asciende a 5.652 y se refiere a la fecha del 10 de enero de 2001. El recurrente, por el contrario, entiende que han de computarse 6.744



viviendas, según resulta del certificado emitido por el Servicio de Gestión Catastral de Tarragona (folio 227 del expediente), que considera que refleja de modo más ajustado la realidad, o bien los 12.064 abonados que se hacen constar en la certificación remitida en el período probatorio por la empresa encargada del suministro de agua potable.

Por lo que respecta a la certificación del Servicio de Gestión Catastral de Tarragona, debe tenerse en cuenta que, como pone de relieve la resolución impugnada, el mismo se refiere al municipio de Tarragona, de forma inespecífica, por lo que se ignora si los datos que ofrece se concretan al área básica de salud que ahora se examina. Además de ello, se refiere a la fecha del 13 de noviembre de 2002, que es claramente posterior a la solicitud del actor, por lo que tampoco puede tomarse en consideración a estos efectos. En cualquier caso, aunque se efectuase el prorrateo mensual que propone el actor, tampoco se alcanzaría la cifra de 14.000 habitantes, puesto que en la propia demanda se admite que con dicho método se llegaría sólo a los 13.930 habitantes.

En cuanto se refiere a la certificación expedida por la empresa encargada del suministro de agua potable, la misma hace referencia en realidad al número total de abonados. Como es obvio, entre dichos abonados no se hallan sólo las viviendas, sino también los locales comerciales, entre otros, por lo que no puede atenderse al contenido de dicha certificación, que no resulta expresiva del número de viviendas. Por todo ello, debe estarse de forma prioritaria a los datos resultantes de la certificación del Ayuntamiento de Tarragona, según el cual existían en el área básica de salud de que se trata un total de 5.652 viviendas. De este modo, no cabe apreciar infracción alguna del ordenamiento jurídico en cuanto al método de cálculo de los ocupantes de las viviendas de segunda residencia que deben computarse en toda el área básica de salud.

En consecuencia, procede desestimar en su integridad el recurso interpuesto por la representación del recurrente."

SEGUNDO .- El recurrente plantea en su escrito de interposición tres motivos de casación. El primero de ello con fundamento en el artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional por "infracción de los artículos 209.3º y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, sobre contenido y forma de las sentencias y sobre la congruencia de las mismas; y artículo 33 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998", considerando que la sentencia incurre en incongruencia omisiva o por defecto en relación con la doctrina jurisprudencial sobre la flexibilidad del cómputo poblacional por cuanto "no se pronuncia sobre la doctrina que establecen las sentencias alegadas por el recurrente en su escrito de demanda y en su escrito de conclusiones".

El segundo de los motivos de casación se formula "al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , de 13 de julio de 1998, por infracción de los artículos 319 y 326 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil y artículos 9.3 y 24 de la Constitución por contravenir la sentencia la fuerza probatoria tasada de los documentos privados al valorar la prueba documental practicada y de la Jurisprudencia que los ha aplicado", sosteniendo que la conclusión a la que llega el Tribunal de instancia, en relación a la valoración de la prueba "es en todo caso, irreal, ilógica, irrazonable y arbitraria", citando las Sentencias de esta Sala de fechas 20 de enero de 2009 y 9 de diciembre de 2008 y reproduciendo la doctrina general sobre revisión en casación de las cuestiones ligadas a la prueba en el proceso.

El tercero y último de los motivos de casación denuncia infracción del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional , "por infracción de la Jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate", invocando que "la sentencia infringe las reiteradas Sentencias del Tribunal Supremo, dictadas en materia de nueva apertura de farmacias, que exigen flexibilidad en el cómputo poblacional y flexibilidad en los medios de prueba admitidos para acreditar la población existente, que eran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate"... "jurisprudencia reflejada en las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1996 , 26 de marzo de 1998 y 14 de mayo de 2001 , entre otras, preconizan la procedencia de interpretar la normativa sobre ordenación farmacéutica bajo el prisma de los principios pro apertura y flexibilidad en el cómputo".

TERCERO.- En el estudio de los motivos de casación debe darse prioridad al invocado por el apartado c) del artículo 88.1 LRJCA aplicable, habida cuenta de su carácter procesal. Así, denuncia el recurrente, la "infracción de los artículos 209.3º y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, sobre contenido y forma de las sentencias y sobre la congruencia de las mismas; y artículo 33 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998", considerando que la sentencia incurre en incongruencia omisiva o por defecto en relación con la doctrina jurisprudencial sobre la flexibilidad del cómputo poblacional por cuanto "no se pronuncia sobre la doctrina que establecen las sentencias alegadas por el recurrente en su escrito de demanda y en su escrito de conclusiones".

Al respecto debemos recordar que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo distingue, cuando estudia aquel vicio de incongruencia omisiva, tres conceptos discernibles en el proceso contencioso-administrativo, que



denomina "argumentos", "cuestiones" y "pretensiones". Es así, porque éstas, constituidas por la decisión o decisiones que la parte pide, tienen tras sí: primero, el motivo o motivos de impugnación (o de oposición), que expresan el vicio o vicios, la o las infracciones jurídicas que se imputan (o el obstáculo que impide acogerlas), y que constituyen, que pasan a ser la o las cuestiones planteadas; y, segundo, la argumentación jurídica, constituida por las razones que a juicio de la parte determinan el vicio o lo contrario. Y los distingue para afirmar que el deber de congruencia exige del juzgador que se pronuncie sobre las pretensiones y que analice las cuestiones; y para matizar que, en cambio, no sucede lo mismo con los argumentos, que sólo constituyen el discurrir lógico-jurídico de la parte y no imponen al juzgador el deber de responder a través de un discurso propio necesariamente paralelo, bastando con que el suyo sea adecuado y suficiente para resolver las cuestiones y decidir sobre las pretensiones.

En relación con el vicio de incongruencia denunciado, resulta oportuno recordar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (entre otros muchos en las sentencias 170/2002, de 30 de septiembre, 186/2002, de 14 de octubre, 6/2003, de 20 de enero, 91/2003, de 19 de mayo, 114/2003, de 16 de junio, 8/2004, de 9 febrero y 95/2005, de 13 de abril) acerca de que la incongruencia consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, es decir un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones (STC 36/2006, de 13 de febrero).

La citada doctrina distingue entre lo que son meras alegaciones formuladas por las partes en defensa de sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (STC 189/2001, 24 de septiembre). Son sólo estas últimas las que exigen una respuesta congruente ya que respecto a los alegatos no es preciso una respuesta pormenorizada a todos ellos (SSTC 148/2003, 8/2004, de 9 de febrero), salvo que estemos ante una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes (STC 4/2006, de 16 de enero). E insiste en que es una categoría legal y doctrinal cuyos contornos no corresponde determinar al citado máximo intérprete constitucional (STC 8/2004, de 9 febrero). Cabe, además, una respuesta de forma tácita o implícita (STC 45/2003, de 3 de marzo). No es posible un fallo que contravenga los razonamientos expuestos para decidir (SSTC 23/1996, 208/1996).

La importancia de juzgar dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición ya era un requisito destacado por el artículo 43 LJCA 1956. Precepto ahora reproducido en el artículo 33 LRJCA 1998 en relación con el artículo 65.2 de la misma norma, con un tenor similar en el redactado, que obliga a someter a las partes los nuevos motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición en que pretenda fundar su resolución. Disposiciones una y otra encaminadas a preservar el principio de contradicción como eje esencial del proceso.

Se observa que no es necesaria una correlación literal entre el desarrollo argumentativo de los escritos de demanda y de contestación y el de los fundamentos jurídicos de la sentencia. Podemos, por ello, resumir la doctrina de esta Sala sobre la materia en:

a) Se incurre en el vicio de incongruencia tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda (SSTS 15 de febrero, 9 de junio y 10 de diciembre de 2003, 13 de junio de 2006, STS de 25 de junio de 2007), es decir la incongruencia omisiva o por defecto; como cuando resuelve sobre pretensiones no formuladas, o sea incongruencia positiva o por exceso (sentencias de 13, 21 y 27 de octubre de 2004, 13 de junio de 2006, 5 de diciembre de 2006); o sobre cuestiones diferentes a las planteadas incongruencia mixta o por desviación (así entre otras 4 de abril de 2002, 17 de julio y 21 de octubre de 2003).

b) El principio de congruencia no se vulnera por el hecho de que los Tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes siempre que con ello no se sustituya el hecho básico aducido como objeto de la pretensión (STS 17 de julio de 2003). En consecuencia el principio "iuris novit curia" faculta al órgano jurisdiccional a eludir los razonamientos jurídicos de las partes siempre que no altera la pretensión ni el objeto de discusión.

c) Es suficiente con que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (SSTS 3 de julio y 27 de septiembre de 1991, 13 de octubre de 2000, 21 de octubre de 2003). Cabe, por ello, una respuesta global o genérica, en atención al supuesto preciso, sin atender a las alegaciones concretas no sustanciales.

d) No cabe acoger un fundamento que no se refleje en la decisión ya que la conclusión debe ser el resultado de las premisas establecidas (Sentencias de 26 de marzo de 1994, 27 de enero de 1996, 10 de febrero de 2001). Se insiste en que las contradicciones producen confusión mientras que la precisión impone un rigor discursivo que se ignora en los casos de incoherencia interna (Sentencia de 30 de septiembre de 2002). Es necesario, por tanto, que los argumentos empleados guarden coherencia lógica y razonable con la parte dispositiva o fallo.



Ahora bien, sobre la base de las expresadas premisas teóricas no puede considerarse que la sentencia recurrida haya incurrido en incongruencia omisiva en relación con lo manifestado por el hoy también recurrente en su escrito de demanda, (folios 22 a 24 del citado escrito: folios 52 a 55 de las actuaciones) y conclusiones, (folios 8 y 9 del citado escrito: folios 359 y 360 de las actuaciones), en relación con la doctrina jurisprudencial sobre la flexibilidad del cómputo poblacional, y que estudiado el contenido de ambos escritos, no podemos sino afirmar que ha de considerarse como mera alegación formulada por la parte recurrente en defensa de sus pretensiones y no como una pretensión en sí misma considerada. Por el contrario, los Fundamentos de Derecho Primero a Tercero de la Sentencia recurrida, reproducidos literalmente en el Primero de ésta, contienen referencia expresa a los métodos de cálculo empleados por la Administración y por el recurrente, así como a la normativa aplicable, debiendo destacar además que la decisión del fallo se ajusta a lo solicitado en la demanda, aunque sea para rechazarlo, desestimando la pretensión anulatoria de la resolución recurrida, así como la petición, recogida en el suplico de la demanda, -folio 25 de la misma-, del reconocimiento del derecho del recurrente para la instalación de una nueva oficina de farmacia en el ABS "Tarragona -5".

Y esta misma interpretación se deduce de lo solicitado por el hoy también recurrente en el Suplico del escrito de interposición del recurso de casación, reproducido de forma literal en el Antecedente de Hecho Tercero de esta Sentencia.

Por lo expuesto, procede rechazar tal motivo de casación.

CUARTO.- El segundo de los motivos de casación se formula "al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998, por infracción de los artículos 319 y 326 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil y artículos 9.3 y 24 de la Constitución por contravenir la sentencia la fuerza probatoria tasada de los documentos privados al valorar la prueba documental practicada y de la Jurisprudencia que los ha aplicado", sosteniendo que la conclusión a la que llega el Tribunal de instancia, en relación a la valoración de la prueba "es en todo caso, irreal, ilógica, irrazonable y arbitraria", citando las Sentencias de esta Sala de fechas 20 de enero de 2009 y 9 de diciembre de 2008 y reproduciendo la doctrina general sobre revisión en casación de las cuestiones ligadas a la prueba en el proceso.

Corresponde al Tribunal "a quo" la formación de la convicción sobre los hechos para resolver las cuestiones objeto del debate procesal, pues a él viene atribuido el análisis de los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en tal función por este Tribunal de casación. En este sentido la errónea valoración probatoria ha sido excluida del recurso de casación en la jurisdicción civil por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, y no ha sido incluida como motivo de casación en el orden contencioso-administrativo, regulado por primera vez en dicha ley, como venimos declarando reiteradamente desde la Sentencia de 2 de noviembre de 1999 (recurso de casación nº 5036/1994).

La exclusión de la prueba como motivo de casación obedece a la propia finalidad de este recurso concebido para depurar las infracciones normativas en que pueda haber incurrido la Sala de instancia en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el indicado tribunal. Ello no impide, no obstante, y como declara la citada Sentencia de 2 de noviembre de 1999, reiterada con profusión en sentencias posteriores, que puedan ser objeto de revisión en sede casacional las siguientes cuestiones relacionadas con la prueba: << a) *la infracción del artículo 1214 del CC, que puede traducirse en una vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba, invocable a través del artículo 95.1.4º LJCA*; b) *quebrantamiento de las formas esenciales del juicio con indefensión de la parte cuando, indebidamente, no se ha recibido el proceso a prueba o se ha inadmitido o declarado impertinente o dejado de practicar algún medio probatorio en concreto que tenga relevancia para la resolución definitiva del proceso*; c) *infracción o vulneración de las normas del ordenamiento jurídico relativas a la prueba tasada o a la llamada prueba de presunciones*; d) *infracción de las reglas de la sana crítica cuando la apreciación de la prueba se haya realizado de modo arbitrario o irrazonable o conduzca a resultados inverosímiles, que puede hacerse valer por el mismo cauce de infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, pues el principio de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que consagra el artículo 24 de la Constitución comporta que estos errores constituyan vulneraciones del citado derecho y por ende infracciones del ordenamiento jurídico susceptibles de fiscalización por el Tribunal Supremo*; e) *infracción cometida cuando, al socaire de la valoración de la prueba, se realizan valoraciones o apreciaciones erróneas de tipo jurídico, como puede ser la aplicación a los hechos que se consideran probados de conceptos jurídicos indeterminados que incorporan las normas aplicables*; f) *errores de tipo jurídico cometidos en las valoraciones llevadas a cabo en los dictámenes periciales, documentos o informes, que, al ser aceptados por la sentencia recurrida, se convierten en infracciones del ordenamiento jurídico imputables directamente a ésta*; y, por último, g) *cabe también integrar la relación de hechos efectuada por la sala de instancia cuando, respetando la apreciación de la prueba realizada por ésta, sea posible tomar en consideración algún extremo que figure en las actuaciones omitido por aquélla, el cual sea relevante para*



apreciar si se ha cometido o no la vulneración del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia denunciada [STS 12 de julio de 1999 , en términos parecidos a los que resultan de la redacción del artículo 88.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- administrativo, Ley 29/1998, de 13 de julio]>>.

Pues bien, la infracción de las normas relativas a la prueba tasada como se hace en este caso respecto de la prueba documental privada, con cita de los artículos 319 y 326 de la LEC 1/2000 , efectivamente es uno de los supuestos que tiene acceso a la casación, si bien, de principio, debe afirmarse que no puede confundirse la infracción de las normas sobre la prueba tasada con la valoración probatoria de conjunto sobre todos los elementos probatorios del proceso tomados en consideración para alcanzar la convicción sobre los hechos. En el caso examinado la Sala de instancia ha apreciado en su conjunto toda la prueba practicada, los informes admitidos como documentales, el contenido del expediente y el resto de la prueba practicada. El Tribunal "a quo" rechaza fundadamente la valoración la certificación del Servicio de Gestión Catastral de Tarragona, que obra en el folio 227 del expediente. A continuación rechaza la valoración de "la certificación expedida por la empresa encargada del suministro de agua potable", por entender que "no resulta expresiva del número de viviendas", concluyendo que "por todo ello, debe estarse de forma prioritaria a los datos resultantes de la certificación del Ayuntamiento de Tarragona...".

Como hemos dicho en la Sentencia de 29 de noviembre de 2011, recurso de casación 5128/2009 , recordando lo ya manifestado en la Sentencia de 23 de marzo de 2010 "el recurso de casación no es el camino adecuado para revisar la apreciación de la prueba realizada por los jueces de instancia ni para alterar el relato fáctico contenido en la sentencia por los mismos dictada, salvo que se sostenga y se demuestre, invocando el motivo de la letra d) del artículo 88, apartado 1, de la Ley 29/1998 , la infracción de algún precepto que discipline la apreciación de pruebas tasadas o que esa valoración resulta arbitraria o ilógica [véase, por todas, las SSTS de 6 de octubre de 2008 (casación 6168/07, FJ 3 º), y 26 de enero de 2009 (casación 2705/05 , FJ 2º)]. No basta, pues, con justificar que el resultado probatorio obtenido por la Sala de instancia pudo ser, a juicio de la parte recurrente, más acertado o ajustado al contenido real de la prueba, o incluso que es erróneo, sino que resulta menester demostrar que las inferencias realizadas son, como decimos, arbitrarias, irrazonables o conducen a resultados inverosímiles [véanse las sentencias de esta Sala y Sección, de 24 de octubre (casación 2312/96, FJ 3 º) y 21 de noviembre de 2000 (casación 2930/96 , FJ 10º)]".

Especialmente en cuanto a la prueba documental, como se mantenía en la Sentencia de esta Sala de 25 de mayo de 2009 (recurso de casación nº 3935/2005) y se ha reiterado en la Sentencia de 20 de septiembre de 2011, (recurso de casación nº 3456/2009): <<Ha de tenerse en cuenta que los titulares del poder jurisdiccional valoran las pruebas de que disponen apreciándolas en su conjunto y relacionando unas con otras [sentencias de 14 de marzo de 1997 (apelación 2900/92 , FJ 1º); 16 de enero de 2001 (casación 5706/96 , FJ 12º); 4 de septiembre de 2002 (casación 7418/97 , FJ 7º); 12 de mayo de 2004 (casación 4776/00, FJ 4 º); y 28 de enero de 2009 (casación 4830/06 , FJ 5º)]; no resulta legítimo, como pretende la recurrente, la disección de cada una a fin de elegir los datos que resultan favorables a la tesis que se defiende y silenciar u ocultar aquellos otros que la debilitan. La prueba documental no tiene prevalencia sobre las demás y la veracidad intrínseca de un documento público puede ser desvirtuada por otro medio de prueba, especialmente si se trata de un documento del mismo carácter [sentencias de 10 de junio de 2003 (casación 285/99 , FJ 4º.C); 29 de septiembre de 2004 (casación 3641/00, FJ 5º.A); y 16 de marzo de 2005 (casación 3149/01 , FJ 2º)] Más en particular, en lo que se refiere a los documentos públicos y a los privados no impugnados, ha de precisarse que hacen prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que reflejan, además de su fecha y de la identidad de los fedatarios y demás personas que han intervenido en su producción (artículos 319, apartado 1, y 326, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento civil ; en el mismo sentido el artículo 1218 del Código civil); nada más y nada menos. Por consiguiente, no existe impedimento alguno para que el juez que afronta el análisis del contenido de los documentos tenga en cuenta la realidad que acredita cada uno de ellos y dibuje con sus trazos separados, una vez conectados y interrelacionados, el panorama que ofrece en la sentencia, configurando la realidad sobre la que ha de aplicar las normas jurídicas invocadas por las partes o traídas de oficio al proceso (iura novit curia)>>."

Finalmente conviene recordar que esta Sala tiene reiteradamente declarado (entre otras, Sentencias de 25 de marzo de 2011 - recurso de casación nº 2057/2008 y de 20 de septiembre de 2011, -recurso de casación 3456/2009 -), que el efecto útil que corresponde al recurso de casación impone que su estimación sólo proceda cuando las infracciones que en él sean denunciadas, además de ser justificadas, hagan necesaria una modificación de lo que fue resuelto en el fallo recurrido.

En el caso de autos la Sentencia recurrida ha valorado "el certificado expedido por el Ayuntamiento de Tarragona (folio 93 del expediente)", "el certificado emitido por el Servicio de Gestión Catastral de Tarragona (folio 227 del expediente)", que "se refiere al municipio de Tarragona, de forma inespecífica, por lo que se ignora si los datos que ofrece se concretan al área básica de salud que ahora se examina", llegando a la conclusión, con la que coincide esta Sala, de que en ningún caso "se alcanzaría la cifra de 14.000 habitantes, puesto que en



la propia demanda se admite que con dicho método se llegaría sólo a los 13.930 habitantes", y "la certificación expedida por la empresa encargada del suministro de agua potable", razonando debidamente el porqué "debe estarse de forma prioritaria a los datos resultantes de la certificación del Ayuntamiento de Tarragona", sin que pueda alterar la valoración conjunta de las pruebas efectuada por la Sala de instancia el hecho de que conste en el folio 132 de las actuaciones que el certificado emitido en fecha 24 de agosto de 2006 por la empresa suministradora de agua EMATSA en respuesta al requerimiento efectuado, en fecha 28 de junio de 2006, por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (ramo separado de prueba, documentales VIII y IX) hace referencia expresa a los "abonados domésticos".

Así las cosas, no cabe sostener que la sentencia recurrida haya infringido los preceptos invocados y en particular lo dispuesto en los artículos 319 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en virtud de la fuerza probatoria de los documentos, ni las normas sobre valoración conjunta de la prueba, habida cuenta de que aquélla realiza una ponderación de los datos, informes y elementos de prueba disponibles, que no se nos revela ilógica ni arbitraria, y que han permitido a la Sala de instancia llegar a la conclusión de que no podía concederse autorización para la apertura de una nueva oficina de farmacia al no cumplirse las exigencias previstas en el artículo 6 de la Ley 31/1991, de 13 de diciembre, de Ordenación Farmacéutica de Cataluña, efectuando la parte recurrente una valoración de los datos obrantes en el expediente administrativo distinta de la que ha efectuado la Sala "a quo", con olvido de que, salvo contadas excepciones, no cabe en un recurso de casación combatir el resultado alcanzado por el Tribunal de instancia tras la valoración de la prueba, que no puede amparar la mera discrepancia de quien interpone el recurso respecto de la valoración de la prueba hecha en aquella.

En consecuencia este motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- Finalmente, el recurrente plantea un tercer motivo de casación al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, "por infracción de la Jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate", invocando que "la sentencia infringe las reiteradas Sentencias del Tribunal Supremo, dictadas en materia de nueva apertura de farmacias, que exigen flexibilidad en el cómputo poblacional y flexibilidad en los medios de prueba admitidos para acreditar la población existente, que eran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate"... "jurisprudencia reflejada en las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1996, 26 de marzo de 1998 y 14 de mayo de 2001, entre otras, preconizan la procedencia de interpretar la normativa sobre ordenación farmacéutica bajo el prisma de los principios pro apertura y flexibilidad en el cómputo".

Como dijimos en la Sentencia de 7 de octubre de 2003, recurso de casación 4473/1999, "esta Sala reiteradamente ha declarado, sentencias de 3 de abril de 2002 y 28 de enero de 2003, que el principio pro apertura y similares, sirven para aplicar y completar el ordenamiento, en este caso el régimen establecido para la apertura de farmacias, Real Decreto 909/78, y no para alterar lo dispuesto en tal régimen."

Y en nuestra Sentencia de 6 de mayo de 1998, dictada en el recurso de apelación 3834/1992, traída a colación por el propio recurrente:

"El artículo 3.1.b) del R.D. antes mencionado se cuida de especificar claramente las circunstancias que permiten la apertura de una farmacia de núcleo, y que siempre suponen una alteración de la regla general establecida en el artículo 3.1. a), que limita el número total de farmacias existentes dentro de un mismo municipio a la cifra de una por cada cuatro mil habitantes, salvo la excepción recogida en el mismo precepto en el caso de incremento en la cifra de población de, al menos, cinco mil habitantes, así como lo que dispone el R.D. de 31 de julio de 1.986 en cuanto a la posibilidad que se otorga a los Farmacéuticos Titulares; de suerte que, cualquiera que sea la interpretación que hubiera de darse a los preceptos temporalmente aplicables al caso debatido, lo cierto es que no puede conducir a desconocer la triple necesidad de que: **1)** exista un núcleo homogéneo dotado de sustantividad física suficiente; **2)** en dicho núcleo residan al menos dos mil personas, y, **3)** el lugar de ubicación de la nueva farmacia diste al menos quinientos metros de las más inmediatas. Sin negar que, dada la multiplicidad de resoluciones sobre la materia haya podido crearse alguna confusión, lo cierto es que en modo alguno puede prescindirse de los tres requisitos mencionados; y así lo viene reconociendo la más reciente doctrina de esta Sala al declarar que los principios "pro apertura" y "pro libertate" tan frecuentemente invocados son criterios orientativos en la aplicación del R.D. de 1.978, pero han de acatar la observancia de un sistema normativo de limitaciones (Sentencias de este Tribunal de 11 de noviembre de 1.995, 12 de junio de 1.996, 19 de septiembre de 1.997 y 7 de abril de 1.998 entre otras muchas)."

Bastaría para desestimar este último motivo casacional el hecho de que la denunciada infracción de jurisprudencia se realiza mediante la cita de cuatro sentencias, de fechas 4 de noviembre de 1996, 26 de marzo de 1998, 6 de mayo de 1998 y 14 de mayo de 2001, en la que ni siquiera se especifica si proceden de esta Sala, -única posible de fundamentar el motivo casacional de infracción de Jurisprudencia del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción-, pues como tiene declarado este Tribunal cuando se denuncia la infracción de jurisprudencia ha de hacerse un cierto análisis comparativo entre las Sentencias del Tribunal Supremo que



se traen a colación y la aplicación del ordenamiento jurídico realizado por el Tribunal "a quo" para poner de relieve la vulneración en que incurre la sentencia impugnada. En este sentido, como se puso de manifiesto en Sentencia de 23 de febrero de 2010, RC nº 2383/2008, y se reitera en las de 28 de septiembre de 2010, RC nº 4741/2008 y de 29 de marzo de 2011, RC nº 3460/2007 :

" Esta Sala ha declarado, por todos, Autos de 27 de marzo de 2008, dictado en el recurso de casación nº 3661/2007, que "una reiterada doctrina de esta Sala viene manteniendo que para que el motivo de casación consistente en la infracción de la jurisprudencia pueda ser tomado en consideración no basta la cita de varias sentencias de este Tribunal, sino que es necesario que se relacionen las circunstancias concurrentes en los precedentes citados con el caso examinado, lo que en el caso examinado se ha omitido (por todas, Sentencia de 14 de octubre de 1993)"; Auto de 2 de octubre de 2008, dictado en el recurso de casación 138/2008, que "como ha declarado reiteradamente este Tribunal, en el recurso de casación no puede alegarse -para fundar la infracción de jurisprudencia- mas que sentencias de este tribunal, ex artículo 1.6 del Código Civil , y además por cuanto que, también según criterio reiterado de la Sala, mediante la jurisprudencia alegada como infringida, solamente pueden traerse a colación, como termino de contraste, resoluciones del Tribunal Supremo en que se hayan tenido en cuenta circunstancias de hecho (incluso las particulares de la parte recurrente) iguales o similares a las del caso debatido y no declaraciones generales, como aquí ocurre (en este sentido autos de este tribunal de 9 de enero y 2 de octubre de 1998 , de 12 de enero y 14 de septiembre de 2006 , recursos números 5850/1997 , 10150/1997 , 7982/2003 y 7998/2003 "; y Auto de 29 de noviembre de 2007, recurso de casación nº 4375/2006 "para invocar la infracción de jurisprudencia es necesaria la cita de dos o más sentencias de esta Sala -ya que no basta una sola, según dispone el artículo 1.6 del Código Civil - coincidentes en el establecimiento de una determinada doctrina; y es necesario, además poner de relieve la identidad o semejanza esencial de los casos resueltos por aquéllas, extremo que tampoco aborda el recurrente".

De este modo, la cita de las sentencias de 4 de noviembre de 1996 , 26 de marzo de 1998 , 6 de mayo de 1998 y 14 de mayo de 2001 no podría considerarse hábil a efectos del motivo casacional de infracción de jurisprudencia dado que por la parte recurrente no se justifica en modo alguno la identidad entre los supuestos de hecho contemplados, identidad que la Sala, -supliendo las deficiencias de la recurrente - comprueba que no existe en modo alguno pues tales Sentencias se dictaron en asuntos referentes a solicitudes de apertura de oficinas de farmacia formuladas al amparo del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, no aplicable al supuesto de autos al que resulta de aplicación la Ley 31/1991, de 13 de diciembre, de Ordenación Farmacéutica de Cataluña. Así, las dos primeras respectivamente, en el recurso de casación 6204/1993 y en el recurso de apelación 3152/1992. Con fecha 6 de mayo de 1998, en esta materia, constan dos sentencias resolutorias de los recursos de apelación 5962/1992 y 3834/1992. Finalmente, con fecha 14 de mayo de 2001 se dictó por esta Sala en esta materia Sentencia resolutoria del recurso de casación 9493/1995 , refiriéndose al principio invocado el último párrafo del Fundamento de Derecho Décimo en los siguientes Términos, que por sí sólo determinarían ya la desestimación del motivo invocado:

"El hecho de que la existencia de una farmacia favorezca a todos los residentes de un sector determinado de población no es en sí suficiente para estimar cumplidos los requisitos a los que el ordenamiento subordina la autorización de una nueva oficina. Esta Sala ha declarado en doctrina consolidada (sentencias, entre otras, de 4 de febrero de 1991 , 8 de junio de 1999 , 8 de enero y 30 de mayo de 2000 y 31 de enero de 2001) que los principios de la Constitución sobre libertad de empresa y protección de la salud (artículos 38 y 43) encuentran su plena efectividad y vigencia en el caso de apertura de farmacias en el régimen al efecto establecido por el Real Decreto 909/1978. Los principios pro apertura y favor libertatis se han de aplicar para completar el régimen establecido por el citado Real Decreto 909/1978, para resolver los casos dudosos o límite y no para alterar el régimen establecido."

A la vista de lo expuesto, se desestima el motivo y con ello el recurso que nos ocupa.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción , procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente, si bien, al no haber comparecido la parte recurrida, esa declaración carece de trascendencia.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Don Martin , representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María del Carmen Ortiz Cornago, contra la sentencia que dictó, con fecha 30 de diciembre de 2008, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso num. 424/2005 , que queda firme. Sin que haya lugar a expresa condena en costas de acuerdo con el Fundamento de Derecho Sexto.



Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de la misma, Excmo. Sr. D. Antonio Marti Garcia, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ