



Roj: **STS 5391/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:5391**

Id Cendoj: **28079130042015100378**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **16/12/2015**

Nº de Recurso: **813/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ BAL 1172/2013,**
STS 5391/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Diciembre de dos mil quince.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Cuarta por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación registrado con el número **813/2014** interpuesto por la Procuradora doña Mercedes Rodríguez Puyol en representación de **doña Evangelina , doña Paula , doña Adoracion , doña Esperanza y don Hilario** , contra la Sentencia de 26 de noviembre de 2013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las islas Baleares en el recurso ordinario 795/2010 contra la Resolución dictada por la Consejería de Salud y Consumo del Gobierno Balear de fecha 29 de octubre de 2010 estimatorio del recurso de alzada interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de autorización de nueve oficinas de farmacia en la zona farmacéutica de San Antonio en Ibiza. Ha comparecido como parte recurrida la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares representada y asistida por el Abogado de sus Servicios Jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares se interpuso el recurso contencioso- administrativo 795/2010 contra la resolución de la Consejería de Salud y Consumo del Gobierno Balear de 29 de octubre de 2010 estimatorio del recurso de alzada interpuesto por don Remigio contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de autorización de nueve oficinas de farmacia en la zona farmacéutica de San Antonio, en Ibiza.

SEGUNDO.- La citada Sala dictó Sentencia de 26 de noviembre de 2013 cuyo Fallo dice literalmente:

« Desestimamos el recurso contencioso administrativo seguido a instancias de Dña. Paula , D^a. Evangelina , D^a. Adoracion , D^a. Esperanza y D. Hilario contra la Resolución dictada por la Consellería de Salut i Consum del Govern Balear de 29 de octubre de 2010 estimatorio del recurso de alzada interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de autorización de nueve oficinas de farmacia en la zona farmacéutica de San Antonio en Ibiza .»

TERCERO.- Contra la referida Sentencia preparó recurso de casación la representación procesal de doña Paula , doña Evangelina , doña Adoracion , doña Esperanza y don Hilario , que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal de Superior de Justicia de las islas Baleares tuvo por preparado mediante diligencia de ordenación de fecha 17 de febrero de 2014 en la que, al tiempo, ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

CUARTO.- Emplazadas las partes y comparecidas en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, la Procuradora doña Mercedes Rodríguez Puyol en representación de doña Paula , doña Evangelina , doña



Adoracion , doña Esperanza y don Hilario , presentó el escrito de interposición del recurso de casación basado, en esencia, en un único motivo al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) por infracción de los artículos 317.6 y 319.1 de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) relativos a la fuerza probatoria tasada de los documentos públicos, y por infracción del artículo 385.3 de la LEC sobre la prueba de presunciones legales en relación con los artículos 217 de la LEC y 24 y 9.3 de la Constitución y las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 , 11 y 18 de noviembre de 2003 .

QUINTO.- Mediante diligencia de ordenación de 29 de mayo de 2014 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida a fin de que, en el plazo de treinta días, formalizara su escrito de oposición, lo que realizó la Comunidad Autónoma de las islas Baleares mediante escrito de su Letrado; solicitando que se desestime el recurso de casación porque, en esencia, no existe en la Sentencia impugnada ninguna vulneración de las alegadas por la recurrente y esta se limita a reproducir los argumentos ya esgrimidos en su demanda.

SEXTO.- Concluidas las actuaciones, por providencia de 29 de octubre de 2015 se designó Magistrado Ponente y se señaló este recurso para votación y fallo el día 15 de diciembre de 2015, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez, Magistrado de la Sala quien expresa el parecer de la misma conforme a los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los recurrentes plantean como único motivo de casación, al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA , la infracción de los artículos 317.6 ° y 319.1 de la LEC en cuanto a la valoración de los documentos públicos. También invocan la infracción del artículo 385.3 de la LEC en lo que hace a la prueba por presunciones legales y de ahí entienden infringido el artículo 217 de la LEC en relación con los artículos 9.3 -interdicción de la arbitrariedad- y 24 -tutela judicial efectiva- ambos de la Constitución .

SEGUNDO.- Debe dejarse claro que de la Sentencia impugnada no se ataca que haya confirmado el criterio de la Administración formado sobre la base de un certificado del INE aportado por la propia Administración en trámite de recurso de alzada y que difiere del aportado por el solicitante al inicio del procedimiento administrativo. La diferencia radica en que esa primera certificación se basaba en el dato de "viviendas secundarias" mientras que la segunda lo que certifica son "viviendas no principales".

TERCERO.- Para el cómputo de la población de la zona farmacéutica, la Sala de instancia se remite a su Sentencia de 18 de septiembre de 2013 (recurso contencioso-administrativo 840/2011) que se basó en la interpretación de los artículos 20 y 21 de la Ley 7/1998, de 12 de noviembre, de Ordenación Farmacéutica de las Islas Baleares (en adelante, Ley balear 7/1998). A su vez lo razonado en esa Sentencia de 18 de septiembre de 2013 coincide con otra Sentencia de esa misma Sala, la de 25 de enero 2012 (recurso contencioso-administrativo 48/2012), confirmada en casación por la Sentencia de esta Sala y Sección de 20 de noviembre de 2012 (recurso casación 1209/2012).

CUARTO.- En la instancia el litigio se planteó en estos términos: los demandantes sostuvieron que para el cómputo de la población no residente había que estar a las viviendas de segunda residencia usadas realmente, mientras que la Administración -y la Sala de instancia como se verá- entendió que había que estar a las viviendas no principales construidas, aun cuando no se ocupasen puntualmente y sobre tal dato se aplica el criterio corrector del artículo 21 Ley balear 7/1998.

QUINTO.- La Sentencia de instancia desestima la demanda siguiendo el siguiente razonamiento:

1º Parte de esa segunda certificación del INE referida a "viviendas no principales", dato éste que considera correcto y no el de "viviendas secundarias" que era al que se refería la primera de las certificaciones, también del INE.

2º La interpretación del artículo 21 de la Ley balear 7/1998 para el cálculo segundas residencias lleva a estar al dato de las viviendas "construidas de segunda residencia" con independencia de su uso efectivo, luego no al número de viviendas que se usan de modo real y efectivo.

3º La consecuencia es que deben computarse las viviendas construidas de segunda residencia aunque se encuentren puntualmente vacías y para compensar el que algunas de estas viviendas construidas de segunda residencia no estén efectivamente ocupadas, se aplica un porcentaje corrector: se reputan ocupadas el 30%.

4º Glosa los criterios deducibles de los artículos 20 y 21 de la Ley balear 7/1998 por lo que la prueba del número de habitantes de cada zona turística se deduce, en cuanto a las viviendas principales, según los datos del



censo poblacional; en cuanto a las viviendas segunda residencia, ocupadas por población flotante, se aplica un 40% sobre el número de plazas de alojamiento turístico y un 30% de las viviendas construidas de segunda residencia, no ocupadas por censados, asignando una ocupación por cuatro habitantes por vivienda.

5º Conforme a tales criterios, el número habitantes se deduce trayendo el número de viviendas principales del censo de población y vivienda formado por el INE los años terminados en uno (cf. Real Decreto 1336/1999, de 31 de julio, por el que se dispone la formación de los censos de edificios, locales, viviendas y población).

QUINTO.- Así las cosas, se desestima el recurso de casación por las siguientes razones:

1º En cuanto a la infracción del artículo 385.3 de la LEC, porque lo que plantean los recurrentes es la interpretación de un precepto autonómico, algo excluido de casación por el artículo 86.4 de la LJCA, y para soslayarlo le hacen decir a la Sentencia impugnada algo que no dice ni expresa ni implícitamente.

2º En efecto, los recurrentes en casación entienden que el criterio corrector seguido por la Sentencia viene a establecer una presunción legal *iuris et de iure*, que no admitiría prueba en contrario, mientras que el artículo 21.c) de la Ley balear 7/1998 se basa en una presunción *iuris tantum*.

3º Frente a tal parecer, la Sala se limita a seguir el criterio del artículo 21.c) de la Ley balear 7/1998, esto es, que para computar la población no censada se aplica un 30% sobre las viviendas de segunda residencia construidas a razón de una media de cuatro habitantes por vivienda.

4º Como los recurrentes parten de que se está ante una presunción legal *iuris tantum*, alegan que han probado con diversas certificaciones del INE que en la zona litigiosa hay 1076 viviendas vacías, a partir de lo cual alegan que esos documentos son objeto de prueba tasada. Sin embargo la cuestión no es esa, sino que la Sala interpreta una norma autonómica que le lleva a que haya que estar a las viviendas construidas con independencia del uso efectivo de las mismas, luego no al número de viviendas que se usan de modo real y efectivo.

SEXTO.- Como consecuencia de lo anterior plantean finalmente una revisión de la prueba practicada, pero no alegando una valoración irracional, arbitraria o ilógica de la misma, sino por vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba - artículo 217 de la LEC - lo que les lleva a sostener la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo la cuestión no es tanto de reparto de la carga probatoria como la aplicación reglada de un cálculo legalmente previsto, sin que se haya cuestionado en casación que ese cálculo se haga sobre la base de la certificación del INE aportada por la Administración en el trámite de alzada.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA se imponen las costas a la recurrente. Y, al amparo del artículo 139.3 de la LJCA las costas procesales, por todos los conceptos, no podrán exceder de 4.000 euros, sin que pueda exceder para cada una de las recurrentes de 800 euros.

Por razón de todo lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

PRIMERO.- Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **DOÑA Evangelina, DOÑA Paula, DOÑA Adoracion, DOÑA Esperanza y DON Hilario** contra la Sentencia de 26 de noviembre de 2013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en el recurso contencioso-administrativo 795/2010.

SEGUNDO.- Se hace imposición de las costas conforme a lo establecido en el último Fundamento de Derecho.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Segundo Menendez Perez D^a Maria del Pilar Teso Gamella D. Jose Luis Requero Ibañez D. Jesus Cudero Blas D. Angel Ramon Arozamena Laso

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Jose Luis Requero Ibañez, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.