



Roj: **STS 826/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:826**

Id Cendoj: **28079130042018100083**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **20/02/2018**

Nº de Recurso: **3318/2015**

Nº de Resolución: **270/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ MU 2065/2015,**
STS 826/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 270/2018

Fecha de sentencia: 20/02/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3318/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/02/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria del Pilar Teso Gamella

Procedencia: T.S.J.MURCIA SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por:

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3318/2015

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria del Pilar Teso Gamella

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 270/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez, presidente

D. Segundo Menendez Perez



D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva
D^a. Maria del Pilar Teso Gamella
D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo
D. Jose Luis Requero Ibañez
D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 20 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 3318/2015 interpuesto por el Procurador de los Tribunales, D. Manuel Infante Sanchez, en nombre y representación de D. Eulogio , contra la Sentencia de 18 de septiembre de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el recurso contencioso-administrativo nº 516/2013 , sobre autorización de apertura de oficina de farmacia.

Se han personado como partes recurridas, la Procuradora de los Tribunales Dña. Teresa Gamazo Trueba, en nombre y representación de D. Isaac , el Procurador de los Tribunales D. Carlos Blanco Sánchez de Cueto, en nombre y representación de D. Marcial , D. Paulino , Dña. Marina , Dña. Raquel , Dña Verónica , D. Teodolfo , D. Juan Ignacio , D. Alejo , Dña. Ana , Dña Cecilia , D. Bernardino , Dña. Esther y D. Diego , y el Letrado de la Comunidad Autónoma de Murcia en la representación que legalmente ostenta.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria del Pilar Teso Gamella.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, se ha seguido el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de D. Eulogio , contra la Orden de 17 de junio de 2013 del Secretario General de la Consejería de Sanidad y Política Social de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, por delegación de la Consejera, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia por la que se deniega la autorización de apertura de farmacia por no haber acreditado la concurrencia del mínimo de habitantes necesario, recaída en el expediente NUM000 y acumulados NUM001 , NUM002 , NUM003 y NUM004 .

SEGUNDO .- En el citado recurso contencioso administrativo, se dicta Sentencia el día 18 de septiembre de 2015, cuyo fallo es el siguiente:

<<Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por Doña (sic) Eulogio contra la Orden de diecisiete de junio del dos mil trece del Secretario General de la Consejería de Sanidad y Política Social de la CARM, por delegación de la Consejera, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia por la que se deniega la autorización de apertura de farmacia por no haber acreditado la concurrencia del mínimo de habitantes necesario, recaída en el expediente A-10/1992 y acumulados A-21, 26 30 y 31/92, por ser el acto impugnado conforme a derecho; sin costas>>.

TERCERO.- Contra la mentada sentencia se preparó recurso de casación, ante la Sala de instancia, que ésta tuvo por preparado, por lo que se elevaron los autos, y el expediente administrativo, a este Tribunal, ante el que la parte recurrente interpuso el citado recurso de casación.

CUARTO.- El escrito de interposición que presenta el Procurador D. Manuel Infante Sánchez, en nombre y representación de D. Eulogio , el 27 de noviembre de 2015, solicita se case y anule la sentencia recurrida y en su lugar se acuerde estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por dicha parte y se autorice la farmacia solicita a que se refiere el expediente, por la que se denegó la autorización de apertura de oficina de farmacia en el municipio de Murcia al amparo del artículo 3.1 a) del RD 909/1978, de 14 de abril .

QUINTO.- La parte recurrida, Comunidad Autónoma de Murcia, ha presentado escrito de oposición con fecha 8 de marzo de 2016, en el que solicita se dicte sentencia desestimando el recurso de casación en todos sus motivos y con imposición de costas a la parte recurrida.

Por su parte, el Procurador de los Tribunales D. Carlos Blanco Sánchez de Cueto, en representación de D. Marcial y 12 más, y la Procuradora de los Tribunales Dña María Teresa Gamazo Trueba, en nombre y representación de D. Isaac , en sus escritos de oposición presentados el día 16 de marzo de 2016 y 18 de marzo de 2016, respectivamente, solicitan se dicte sentencia desestimando el recurso de casación y se confirme la sentencia recurrida por ser ajustada a Derecho. Y con imposición de costas a la parte recurrente.



SEXTO.- Por providencia de 18 de diciembre de 2017, se señala para votación y fallo el día 13 de febrero de 2018, fecha en que tuvo lugar dicho acto. Entregada la sentencia por la magistrada ponente el 14 de febrero de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que se impugna desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Orden de la Consejera de Sanidad y Política Social, de 17 de junio de 2013, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la anterior Resolución del Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia, que había denegado la autorización de apertura de farmacia, por no haber acreditado la concurrencia del mínimo de habitantes necesario.

La sentencia que se impugna, tras resumir la posición de las partes procesales y desestimar la impugnación de la defectuosa constitución de la Junta de Gobierno del Colegio de Farmacéuticos, al pronunciarse sobre el fondo del recurso, cita la jurisprudencia de esta Sala Tercera sobre la interpretación del artículo 3.1.a) del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, y declara que *<<se ha acreditado que la población de derecho, que resulta del censo en vigor a la fecha de la última apertura de farmacia, que fue 24 de abril 1991 era de 328.100 y, la población que resultaba del padrón municipal vigente a la fecha de la solicitud, enero de 1992 era de 328.408, con lo que existe una diferencia de 308 alejada de los 5.000 exigidos por la norma. (...) Si atendemos, en vez de a la población de derecho, a la de hecho, existe un dato incontestable en este expediente, como es la información que facilita el INE de la población de hecho que, a fecha de 1 de enero de 1991 y para el municipio de Murcia se elevaba a 338.250 habitantes, de tal modo que si se pretende realizar cálculos sobre la basa del número de abonados al servicio de abastecimiento de aguas, a fecha de 1 de enero de 1992, que era de 80.461, aún aplicando el porcentaje de cuatro habitantes por vivienda so obtendría una población, como se destaca en la resolución impugnada de 337.936 algo inferior a la población de hecho que ofrecía el INE para el año anterior, con lo cual, en realidad, se produce una disminución>> .*

SEGUNDO .- El recurso de casación se fundamenta sobre tres motivos, el primero y segundo se invocan por el cauce procesal del artículo 88.1.c) de nuestra Ley Jurisdiccional, y el tercero, al amparo del artículo 88.1.d) de dicha Ley .

El motivo primero denuncia la lesión de los artículos 24.1 y 120.3 de la CE , y 33 y 67 de la LJCA , por incongruencia de la sentencia.

El motivo segundo reprocha a la sentencia la infracción de los mismos artículos de la Constitución y de nuestra Ley Jurisdiccional, también por la incongruencia de la sentencia.

El tercer motivo aduce la vulneración de los artículos 3.1.a) del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril , 9.3 y 14 de la CE , y la jurisprudencia dictada en su aplicación.

Por otro lado, las tres partes recurridas consideran que la sentencia impugnada no incurre en las infracciones que se denuncian, y que la fundamentación de dicha sentencia es conforme a Derecho.

TERCERO .- Los motivos primero y segundo no pueden ser estimados, por las razones que seguidamente expresamos.

En primer lugar porque mediante la crítica que se hace a la sentencia, en el primer motivo, en relación con lo que declara respecto de la población flotante, y en el segundo motivo, respecto de si se otorgaron licencias de ocupación, se centra en cuestiones ajenas a la razón de decidir de la sentencia. Así es, la sentencia se basa en los datos sobre la población de derecho que constan en los padrones municipales relativos a la fecha en que tuvo lugar la última apertura de oficina de farmacia, y la fecha en que se solicitó por el recurrente la nueva apertura, como exige el artículo 3.1.a) "in fine" del RD 909/1978 . Y lo cierto es que dicho incremento era de 308 habitantes. Lejos, por tanto, del incremento de población en 5.000 habitantes que permite el expresado 3.1.a).

Conviene reiterar, por otro lado, que, con arreglo a nuestra jurisprudencia, las magnitudes que han de compararse son las de población de derecho inicial con población de derecho final, y lo mismo con la de hecho, sin mezclas ni entrecruzamientos que distorsionan el resultado. Igualmente respecto de las licencias de ocupación, hay que insistir que lo relevante, a estos efectos, es que ha de tratarse de viviendas ocupadas, y no de viviendas construidas.

Por lo demás, la sentencia resulta congruente y coherente en su contenido, y respecto de este con la conclusión que alcanza en el fallo, además de ser congruente con lo postulado por las partes. La motivación resulta también suficiente pues explica las razones, se compartan o no por la recurrente, que llevan a la Sala a desestimar el recurso contencioso administrativo.



En segundo lugar, porque el desarrollo argumental de estos dos motivos de casación es una invitación para que esta Sala se adentre a valorar la prueba obrante en las actuaciones, corrigiendo la apreciación que realiza la sentencia recurrida. Y sabido es que en casación no podemos alterar la valoración de la prueba realizada por el Tribunal "a quo", toda vez que tal operación jurídica queda extramuros de este recurso. Salvedad hecha, claro está, de los casos en que la Sala de instancia haya incurrido en arbitrariedad o se hayan vulnerado las normas sobre la apreciación de la prueba en los contados casos en que esta no es libre sino tasada, lo que ni siquiera se invoca en esta casación.

Además, los defectos sobre la valoración de la prueba tienen su cauce procesal, para ser alegados en casación, en el apartado d) del artículo 88.1 de la LJCA, y no al amparo del artículo 88.1.c) de la misma Ley que se reserva para la infracción de las normas reguladoras de la sentencia e infracciones procesales. Y si bien es cierto que formalmente en estos motivos se reprocha a la sentencia su falta de congruencia, sin embargo, como antes señalamos y ahora insistimos, el discurso argumental de ambos motivos es una reiterada invitación para que esta Sala valore la prueba del proceso, sustituyendo en dicho cometido a la realizada por Sala de instancia.

Viene al caso, por tanto, reiterar que este Tribunal de Casación no puede sustituir la valoración probatoria realizada por la Sala de instancia, pues tal motivo ha sido excluido del recurso de casación en la jurisdicción civil por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 1992, y no ha sido incluida como motivo de casación en el orden contencioso-administrativo, regulado por primera vez en dicha ley, y ahora en la LJCA de 1998. Y ello es así en atención a la naturaleza de la casación como recurso extraordinario, cuya finalidad es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y no someter a revisión los hechos mediante nuevas valoraciones de la prueba, realizadas por el tribunal "a quo", con la salvedad específica de la integración de hechos que permite el artículo 88.3 de la LJCA, y los concretos casos admitidos por nuestra jurisprudencia.

CUARTO .- La vulneración de los artículos 3.1.a) del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, 9.3 y 14 de la CE, y la jurisprudencia dictada en su aplicación, que se aduce en el motivo tercero tampoco puede prosperar.

Bastaría para desestimar el motivo con remitirnos a lo señalado en el fundamento anterior sobre la imposibilidad de cuestionar en casación la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia, pues al socaire de la cita de nuestra jurisprudencia y de la del Tribunal Constitucional, lo que se pretende es que realicemos una nueva apreciación de la prueba que declare que la población ha aumentado en 5.000 habitantes, para que el recurrente se encuentre en el supuesto de hecho de la norma contenida en el artículo 3.1.a) del Real Decreto 909/1978.

Pero es que, además, el recurrente no combate, mediante esa referencia jurisprudencial, los datos sobre los que se sustenta la razón de decidir de la sentencia, ni sobre el coherente manejo de las magnitudes homogéneas que deben ser empleadas al comparar la población inicial con la final, a los efectos del citado artículo 3.1.a) de tanta cita, que recordemos hace expresa alusión al censo, sin amparar, por tanto, combinaciones interesadas entre la población de hecho y la de derecho.

QUINTO .- Debemos recordar, en fin, que esta Sala, por todas, Sentencia de 7 de octubre de 2005, dictada en el recurso de casación nº 8218/2000, al recoger la jurisprudencia sobre el citado artículo 3.1.a), señala que << En cuanto a la homogeneidad de la población, repite la sentencia de 11 de marzo de 2003 en que, como ya declaraban las sentencias de 11 de noviembre de 2002 y 14 de enero de 2003, cuando se trata de cómputo de población a los efectos de la apertura de farmacias, al amparo del artículo 3.1.a) del Real Decreto 909/78, -incremento de cinco mil habitantes-, se han de valorar magnitudes homogéneas. Resulta, por tanto, incontrovertible que si en la fecha inicial, se valora población de derecho en la final, también se ha de valorar población de derecho. En consecuencia si en la fecha final se pretende valorar la población de derecho y la de hecho, se han de aportar los datos exigidos para acreditar esa población de derecho y de hecho existentes en la fecha inicial, y por ello los datos o documentos que el recurrente pretende que se tengan en cuenta >>.

En consecuencia, procede la desestimación de los motivos y la declaración de no haber lugar al recurso de casación.

SEXTO.- Al declararse no haber lugar al recurso de casación, procede imponer a la parte recurrente las costas procesales (artículo 139.2 de la LRJCA)

Al amparo de la facultad prevista en el artículo 139.3 de la citada Ley, se determina que el importe de las costas, por todos los conceptos, no podrá rebasar la cantidad de 1.500 euros por cada parte.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido



Que **no ha lugar** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Eulogio , contra la Sentencia de 18 de septiembre de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el recurso contencioso-administrativo nº 516/2013 . Con imposición de costas a la recurrente en los términos establecidos en el último fundamento.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excm. Sra. D^a Maria del Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ