



Roj: **STS 4672/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4672**

Id Cendoj: **28079130042017100472**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **21/12/2017**

Nº de Recurso: **3840/2015**

Nº de Resolución: **2060/2017**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **ANTONIO JESUS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Cuarta**

#### **Sentencia núm. 2.060/2017**

Fecha de sentencia: 21/12/2017

Tipo de procedimiento: REC. CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA

Número del procedimiento: 3840/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/12/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

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

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

Transcrito por: MMC

Nota:

REC. CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA núm.: 3840/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Cuarta**

#### **Sentencia núm. 2060/2017**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Dª. Maria del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo



D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 21 de diciembre de 2017.

Esta Sala ha visto el RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA **interpuesto por** DOÑA Ana , representada por el Procurador de los Tribunales don José María Ruíz de la Cuesta Vacas y defendido por el Letrado don Jaime Suárez Gargallo, **contra** la sentencia dictada el 12 de junio de 2015 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Foral de Navarra en el recurso que fue seguido ante ella con el nº 419/2013 , interpuesto contra la Orden Foral 81/2013 de 5 de Julio, de la Consejera de Salud del Gobierno de Navarra, en el procedimiento 1/2012 que desestima la solicitud del recurrente en materia de responsabilidad patrimonial sobre denegación de solicitud de farmacia.

**Ha sido parte recurrida** LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA, representada y defendida por Letrada de sus Servicios Jurídicos; y ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL DE ESPAÑA, representado por el Procurador de los Tribunales doña María Esther Centoira Parrondo y defendido por la Letrada doña Olga Triguero Arrojo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Sentencia objeto de este recurso, contiene el fallo del siguiente tenor:

<< Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Dña. Ana , representada por el Procurador Sr. Carlos Hermida Santos y defendido por el Abogado D. Jaime Suárez Gargallo contra Orden Foral 81/2013 de 5 de Julio, de la Consejera de Salud del Gobierno de Navarra, en el procedimiento 1/2012 que desestima la solicitud del recurrente en materia de responsabilidad patrimonial sobre denegación de solicitud de farmacia, y en su consecuencia debemos declarar y declaramos la mencionada resolución ajustada a Derecho.

2.- Hacemos expresa condena en costas a la parte actora.>>.

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior Sentencia, por la representación procesal de doña Ana se presentó escrito ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Foral de Navarra interponiendo recurso de casación para la unificación de doctrina alegando que la Sentencia recurrida está en contradicción con otras sentencias dictada por la propia Sala de Navarra, y que fue dictada respecto de litigantes en idéntica situación y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales.

**TERCERO .-** La Sala de Navarra tuvo por preparado el recurso de casación y se dio traslado a la contraparte para que formalizara escrito de oposición en el plazo de treinta días, presentándose escrito de oposición por la representación procesal de la administración navarra y por la compañía de seguros Zurich Insurance PLC Sucursal en España.

**CUARTO .-** La Sala de instancia acordó remitir las actuaciones y el expediente administrativo a la Sala Tercera del Tribunal Supremo y, turnadas a esta Sección, quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo.

En esta Sala se personaron la Procuradora de los Tribunales doña Ana , en representación de la recurrente, el Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Foral de Navarra y el Procurador de los Tribunales doña María Esther Centoira Parrondo en representación de Zurich Insurance PLC Sucursal en España, como partes recurridas.

**QUINTO .-** Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 19 de diciembre de 2017, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento. Y el día 20 de diciembre siguiente se pasó a la firma la sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de casación para la unificación de doctrina es interpuesto por la representación procesal de doña Ana contra la sentencia dictada el día 12 de junio de 2015 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Foral de Navarra en el recurso que fue seguido ante ella con el nº 419/2013, interpuesto contra la Orden Foral 81/2013 de 5 de Julio, de la Consejera de Salud del Gobierno de Navarra, en el procedimiento 1/2012 que desestima la solicitud del recurrente en materia de responsabilidad patrimonial sobre denegación de solicitud de farmacia.



De forma previa debemos dejar constancia de que esa oficina de farmacia fue denegada por decisión adoptada por la administración navarra de 19 de agosto de 2009, confirmada en alzada por resolución de 12 de febrero de 2008, siendo estimado el recurso interpuesto contra ellas por sentencia dictada el día 26 de diciembre de 2009 por la propia Sala de Navarra (recurso contencioso administrativo 587/2008), que anuló las cocitadas resoluciones administrativas y declaró el derecho a la apertura de la oficina de farmacia. Esta sentencia que fue confirmada por la que con fecha 20 de septiembre de 2011 dictó la Sala Tercera del Tribunal Supremo (recurso de casación nº 1171/2010).

**SEGUNDO** .- *La Sentencia aquí impugnada* desestima el recurso interpuesto contra la resolución denegatoria de la responsabilidad patrimonial administrativa empleando los siguientes argumentos:

<< TERCERO.- De la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración solicitada.

La pretensión indemnizatoria, y por ende la demanda, debe ser desestimada por ser jurídicamente improcedente por las razones de fondo que exponemos a continuación.

La responsabilidad patrimonial de la Administración por anulación de actos o disposiciones administrativas exige, a su vez, establecer y concretar la doctrina que al respecto va a ser aplicada.

La doctrina en esta materia se ha ido aquilatando y decantando evolutivamente en unas bases y principios que esta Sala enuncia y aplica en los siguientes rectos términos:

1.- Establece el artículo 142.4 LRJyPAC: "4. La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso- administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5."

2.- El artículo 142.4 de la Ley 30/1992 sólo puede ser entendido en el sentido de que la obligación de indemnizar no es consecuencia obligada de la simple anulación de las resoluciones administrativas, sin que ello suponga obstáculo para que tal derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los restantes requisitos del artículo 139. Por ello no cabe interpretarlo con tesis maximalistas de uno y otro sentido, como si dijera que de la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco cabe afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad. Como recoge la memoria del Consejo de Estado del año 1990 en referencia al artículo 40 LRJAE, hoy 142.5, que examinamos sólo dice que 'lo presupone', es decir, que no se da por supuesto el derecho a la indemnización, lo que implica tanto como dejar abierta la posibilidad de que, no siendo presupuesto, sea o no supuesto del que se sigan efectos indemnizatorios si concurren los requisitos establecidos legalmente ( STS 16-9-1999, 5-2-1996, 29-10-1998, 9-3-1999, 11-3-1999, 13-1-2000, 12-7-2001 .....).

3.-El Tribunal Supremo ya estableció en su STS 20-2-1989, en línea de principio, que la tesis de que la responsabilidad del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado es una responsabilidad objetiva que no precisa en consecuencia de un actuar culposo o negligente del agente, expresamente se rechaza la tesis de lo que se ha denominado "margen de tolerancia", en cuanto pugna con la declaración constitucional del artículo 106 que reconoce a los ciudadanos, en los términos establecidos en la Ley, el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; de tal manera que si bien la mera anulación de resoluciones administrativas no presupone sin más el derecho a la indemnización, sí puede ser supuesto de tal indemnización en aquellos casos en que la anulación produjo unos perjuicios individualizados y evaluables económicamente que el ciudadano no viene obligado a soportar, no siendo, por tanto, el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión.

Es en este recto sentido que da la naturaleza del contenido conforme se ha expuesto ut supra como debe entenderse el rechazo de la "tesis o teoría del margen de tolerancia" y la hace compatible con lo que a continuación exponemos; y es que tal "tesis del margen de tolerancia" debe rechazarse en tanto que tal tesis resida y se fundamente en el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración ( como exigencia para sostener el derecho a la indemnización) pues es el aspecto objetivo de la ilegalidad del perjuicio (en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo lo que incide en la antijuridicidad) el que debe ser objeto de especial valoración y exigencia en el aspecto que ahora nos ocupa y en el que continuamos ahondado.



4.- Así ha de concluirse con la Jurisprudencia del TS, el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración como consecuencia de la anulación de resoluciones administrativas, tanto en vía jurisdiccional como en vía administrativa, siempre y cuando concurren los requisitos para ello, requisitos cuya concurrencia, si se quiere, ha de ser examinada con mayor rigor en los supuestos de anulación de actos o resoluciones que en los de mero funcionamiento de los servicios públicos, en cuanto que éstos, en su normal actuar, participan directamente en la creación de riesgo de producción de resultado lesivo. Por ello el legislador efectúa una específica mención a los supuestos de anulación de actos o resoluciones administrativas, tratando así de establecer una diferencia entre los supuestos de daño derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y aquellos otros en los que el daño evaluable e individualizado derive de la anulación de un acto administrativo, sin alterar por ello un ápice el carácter objetivo de dicha responsabilidad en uno y otro supuesto, siempre que exista nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso producido, y no concorra en el particular el deber jurídico de soportar el daño ya que en este caso desaparecería el carácter antijurídico de la lesión ( STS 18-12-2000 , 21-4-2005 .....).

5.-Como señalan estas últimas Sentencias de TS 18-12-2000 , 21-4-2005 citadas y otras de la que se hace eco la SAN 7-2- 2002, en principio parece claro que los aspectos de daño evaluable e individualizado y nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado producido no ofrecen mayores peculiaridades en unos y otros supuestos, ya que la realidad del daño es un hecho objetivo, invariable en ambos supuestos, y la determinación de concurrencia de relación de causalidad responde a un proceso de razonamiento lógico-jurídico sujeto en ambos casos a los mismos criterios valorativos.

En consecuencia, el matiz diferencial, de existir, hemos de encontrarlo a la hora de efectuar el análisis valorativo en la concurrencia del tercero de los requisitos, la antijuridicidad de la lesión, o lo que es lo mismo la ausencia de deber jurídico del ciudadano de soportar el daño producido, lo que nos permite abandonar el debate sobre la conducta de la Administración y trasladarlo al resultado, la antijuridicidad de la lesión, atendiendo a las peculiaridades del caso concreto y sin introducir, por tanto, el requisito de culpa o negligencia en la actuación jurídica de la Administración.

6.-El deber jurídico de soportar el daño, en principio, parece que únicamente podría derivarse de la concurrencia de un título que determine o imponga jurídicamente el perjuicio contemplado; tal sería la existencia de un contrato previo, el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria siempre que de ésta se derivasen cargas generales, o la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme de tal naturaleza. Esto que desde la perspectiva del funcionamiento de los servicios públicos aparece relativamente claro en su interpretación, debe matizarse a la hora de trasladarlo a los supuestos de anulación de resoluciones administrativas.

En los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que ésta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que puedan existir, de tal manera que el actuar de la Administración no se convierta en una conducta arbitraria rechazada por el artículo 9.3 de la Constitución . En estos supuestos parece que no existiría duda de que siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no sólo razonados sino razonables, debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales, a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio, siempre que éste se llevase a cabo en los términos antedichos. Estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo.

7.-El tema, sin embargo, no se agota en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales dentro de los parámetros que exige el artículo 9.3 de la Constitución , sino que ha de extenderse a aquellos supuestos, asimilables a éstos, en que en la aplicación por la Administración de la norma jurídica en caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma, antes de ser aplicada, ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, por parte de la Administración llamada a aplicarla, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución.

En tales supuestos es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados, o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleva el deber del administrado de



soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones.

Y en este sentido también cabría aplicar esta doctrina , entre otros, a aquellos supuestos en que el acto se inserta en un proceso administrativo complejo tanto desde el punto de vista fáctico como desde el punto de vista jurídico-material y el jurídico- organizativo, y que atiende a distintos aspectos jurídicamente discutidos.

Y lo mismo para los casos en que la decisión administrativa tiene su base en una ponderación valorativa de los elementos concurrentes hecha de una manera ( apreciación) razonada y razonable.

8.-Y así se expresan , a estos efectos, la reciente Jurisprudencia del TS al introducir el criterio de la razonabilidad de la actuación administrativa.

Señala la STS de 26 de junio de 2009 que "al no presuponer la anulación en la vía administrativa o jurisdiccional de un acto o de una disposición de la Administración, el derecho a indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial ( artículo 142.4 de la Ley 39/1992 de 26 de noviembre ), para resolver si existe o no ese derecho hay que examinar si concurren los requisitos que una constante y reiterada jurisprudencia concreta y del que interesa destacar el requisito de la antijuridicidad del resultado o lesión, inexistente, cuando "la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada" ( Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2.009, recurso de casación 1887/2007 , y las en ella citadas). En esos supuestos, según se expresa en la Sentencia de mención "el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión ...".

9.-Pues bien conforme a la anterior doctrina (del margen de tolerancia) rectamente aplicada no cabe sino concluir que la demandante no tiene derecho a indemnización alguna.

Debemos reiterar que atendemos en nuestra apreciación al aspecto objetivo (la valoración de la antijuridicidad) y no al aspecto subjetivo del actuar administrativo conforme a las peculiaridades del caso que nos ocupa.

Nos encontramos ante un acto ( el anulado) que valoraba la distancia entre farmacias no en su aspecto meramente métrico, sino tomando en consideración y valorando el punto de inicio y las vías circundantes y sus circunstancias de tráfico; es decir valorando el carácter básicamente peatonal de la Plaza Obispo Irurita y las demás circunstancias del tráfico concurrentes en el caso.

Los distintos aspectos que tuvo en cuenta la Administración al dictar el acto anulado , no exentos de complejidad y diversidad valorativa ( individual y conjunta) hace que no podamos apreciar traspasados por la Administración ( a pesar de su nulidad) los márgenes de apreciación razonable y de tolerancia que han sido expuesto ut supra.

10.-Es por ello , conforme a la doctrina expuesta, por lo que debe desestimarse la demanda en este aspecto pues la demandante queda compelida a soportar las consecuencias que derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión.

En este sentido se viene pronunciando esta Sala en STJNavarra de fecha 29-12-2012 Rc 772/2010, 20-6-2007 Rc 421/2006, 15-6- 2006 Ap38/2006, 28-1-2015 Rc 475/2014.....>>.

*En el recurso de casación para unificación de doctrina se cita como sentencia de contraste la que había dictada la propia Sala de Navarra el día 21 de abril de 2005 (recurso contencioso administrativo nº 777/2003).*

**SEGUNDO** .- La resolución del presente recurso para la unificación de la doctrina ha de partir de una previa consideración sobre el régimen jurídico legalmente establecido y de la doctrina de esta Sala sobre la naturaleza y las exigencias procesales precisas para la viabilidad jurídica de esta modalidad de recurso de casación. Así, dado que esta modalidad de recurso de casación es un recurso contra sentencias no susceptibles de recurso de casación ordinario teniendo, por tanto, carácter de subsidiario respecto de aquél, debemos empezar recordando que es doctrina reiterada de esta Sala Tercera (entre otras, en la sentencia de 21 de junio de 2005 -recurso 466/2004 -) el que ha de ponerse particular cuidado en razonar que efectivamente se dan en el caso que se somete al Tribunal de casación tanto los requisitos que la ley exige para la admisión del recurso, como los requisitos necesarios para poder entrar en el fondo del asunto .

Los requisitos de forma para la de admisión son: a) En cuanto al plazo y lugar de presentación del recurso, deberá tener lugar directamente ante la Sala sentenciadora en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la sentencia (art. 97.1); b) En cuanto a la sentencia impugnada, su cuantía no puede ser inferior a 30.000 euros (art. 96.3) y su materia no puede ser ninguna de las expresamente excluidas en el artículo 86.2,a), c) y d); c) En cuanto a la sentencia o sentencias que se aleguen como de contraste, han de





ser firmes, lo que deberá acreditarse acompañando certificación de las mismas con mención de su firmeza o, en su defecto, copia simple de su texto y justificación documental de haberse solicitado aquélla; bastando, no obstante, con indicar el periódico oficial en que hubiese sido publicada, cuando se trate de sentencias firmes que anulen una disposición general, y en el de sentencias firmes que anulen un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas (artículo 97.2, en relación con el 72.2).

Los requisitos de fondo (presupuestos de enjuiciamiento) son estos otros, que se contienen en los artículos 96.1 y 97.1: a) Identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones entre la sentencia impugnada y la sentencia o sentencias que se aleguen como de contraste y que han llegado a pronunciamientos distintos; b) Relato preciso y circunstanciado de esas identidades; c) Infracción legal que se imputa a la sentencia impugnada.

También tenemos que dejar constancia de que la Sentencia de esta misma Sala de 22 de diciembre de 2011 (recurso de unificación de doctrina nº 1190/2011 ) establece que: << El recurso de casación para la unificación de doctrina, que se regula en los artículos 96 a 99 LJCA , se configura como un recurso excepcional y subsidiario respecto del de casación propiamente dicho, que tiene por finalidad corregir interpretaciones jurídicas contrarias al ordenamiento jurídico, pero sólo en cuanto constituyan pronunciamientos contradictorios con los efectuados previamente en otras sentencias específicamente invocadas como de contraste, respecto de los mismos litigantes u otros en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales.

En efecto, esta Sala tiene reiteradamente declarado, concretamente, en sentencias de 10 de febrero de 2001 (recurso 7883/1995 ), 9 de diciembre de 2010 (recurso 14/2010 ) y 18 de julio de 2011 (recurso 415/2010 ), entre otras, que "...Se trata, con este medio de impugnación, de potenciar la seguridad jurídica a través de la unificación de los criterios interpretativos y aplicativos del ordenamiento, pero no en cualquier circunstancia, conforme ocurre con la modalidad general de la casación -siempre que se den, desde luego, los requisitos de su procedencia-, sino "sólo" cuando la inseguridad derive de las propias contradicciones en que, en presencia de litigantes en la misma situación procesal y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, hubieran incurrido las resoluciones judiciales específicamente enfrentadas... . No es, pues, esta modalidad casacional una forma de eludir la inimpugnabilidad de sentencias que, aun pudiéndose estimar contrarias a Derecho, no alcancen los límites legalmente establecidos para el acceso al recurso de casación general u ordinario, ni, por ende, una última oportunidad de revisar jurisdiccionalmente sentencias eventualmente no ajustadas al ordenamiento para hacer posible una nueva consideración del caso por ellas decidido. Es, simplemente, un remedio extraordinario arbitrado por el legislador para anular, sí, sentencias ilegales, pero sólo si estuvieran en contradicción con otras de Tribunales homólogos o con otras del Tribunal Supremo específicamente traídas al proceso como opuestas a la que se trate de recurrir".

Esa configuración legal del recurso de casación para la unificación de doctrina determina la exigencia de que en su escrito de formalización se razone y relacione de manera precisa y circunstanciada las identidades que determinan la contradicción alegada y la infracción legal que se imputa a la sentencia ( artículo 97.1 LJCA ).

Por ello, como señala la Sentencia de 20 de abril de 2004 (recurso 4/2002 ), "... la contradicción entre las sentencias aportadas para el contraste y la impugnada debe establecerse sobre la existencia de una triple identidad de sujetos, fundamentos y pretensiones. No cabe, en consecuencia, apreciar dicha identidad sobre la base de la doctrina sentada en las mismas sobre supuestos de hecho distintos, entre sujetos diferentes o en aplicación de normas distintas del ordenamiento jurídico.

No se trata de denunciar el quebrantamiento de la doctrina, siquiera reiterada, sentada por el Tribunal de casación, sino de demostrar la contradicción entre dos soluciones jurídicas recaídas en un supuesto idéntico no sólo en los aspectos doctrinales o en la materia considerada, sino también en los sujetos que promovieron la pretensión y en los elementos de hecho y de Derecho que integran el presupuesto y el fundamento de ésta.

Como dice la sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 2000 (recurso 3520/1995 ), la contradicción entre las sentencias contrastadas ha de ser ontológica, esto es, derivada de dos proposiciones que, al propio tiempo, no pueden ser verdaderas o correctas jurídicamente hablando y falsas o contrarias a Derecho, situación que ninguna analogía presenta con la de sentencias «distintas o diferentes», pese a la identidad de planteamientos normativos o de hecho entre ambas, en función del resultado probatorio que haya podido apreciarse en unas y otras." >>.

Finalmente, a esta delimitación del recurso de casación para unificación de doctrina hay que añadir lo siguiente:

1º) que se ha insistido por este Tribunal que en este específico recurso de casación no cabe una revisión de la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia. En este recurso se parte de los hechos que, como



justificados, ha fijado la sentencia impugnada. La prueba constituye una cuestión absolutamente ajena a este recurso extraordinario ( sentencia de 29 de junio de 2005, recurso de casación para la unificación de doctrina 246/2004 con cita de otras muchas).

2º) que la contradicción ha de darse respecto de las sentencias dictadas en el orden jurisdiccional contencioso administrativo pues no cabe respecto de sentencias del Tribunal Constitucional (sentencia 14 de febrero 2011, recurso de unificación de doctrina nº 245/2008 ), del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia de 25 de marzo de 2002, recurso 2295/2001 ), ni de otros órdenes jurisdiccionales ( sentencia de esta Sala de 23 de febrero de 2005, recurso de casación para la unificación de doctrina 333/2004 ), como el social ( sentencia de 28 de septiembre 2007, recurso de casación 40/2005 ), o el civil (sentencia de 25 de marzo de 2013, recurso de casación 3993/2012 ).

**TERCERO** .- El sentido de nuestra decisión en este caso ha de ser desestimatorio puesto que, no existiendo la total identidad que se afirma en el escrito de interposición, las soluciones dadas por las sentencias de contraste y la impugnada no pueden considerarse contradictorias.

Las diferencias entre la sentencia impugnada y la de contraste son notables tanto en los supuestos de hecho que subyacen como en las normas jurídicas aplicadas a ellos por la administración, al denegar las autorizaciones de apertura, y las sentencias judiciales de reconocimiento del derecho a la apertura de oficina de farmacia. Ello es así puesto que mientras en la de contraste la respuesta administrativa venía referida a una denegación de oficina de farmacia solicita por el criterio excepcional de "núcleo de población" previsto en el artículo 3.b) del Real Decreto 909/1987 y por apreciar que no existía el requisito de núcleo diferenciado, en la sentencia impugnada la decisión administrativa afectaba a una solicitud de apertura formulada al amparo del procedimiento general de autorización previsto en la Ley Foral 12/2000, 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica, y por causa de la distancia de 150 metros que fija su artículo 27.3 entre la nueva oficina y las ya existentes.

Es cierto que en la sentencia de contraste se resuelve también un supuesto de desestimación de una solicitud en materia de responsabilidad patrimonial por denegación administrativa de solicitud de apertura de oficina de farmacia posteriormente autorizada por resolución judicial, aplicando para ello el criterio jurisprudencial que refiere la valoración de daño antijurídico y, por tanto, la existencia del deber jurídico de soportar el daño por parte del administrado, al hecho de que cuando la administración haga aplicación de la norma jurídica integrando algún concepto jurídico indeterminado o aplicando criterios valorativos cuya determinación o valoración constituyan un "prius" de su mera aplicación, lo haga en forma razonada y razonable.

Y puede decirse también que la razón de decidir de ambas sentencias es la misma puesto que mientras la de contraste parte de que la administración resuelve, no con base a aplicación de datos objetivos que no requieren de valoración a mayores, sino con valoración necesariamente subjetivada de un concepto indeterminado que forma parte integrante de la norma jurídica aplicable -núcleo diferenciado-, la sentencia impugnada resuelve valorando un dato que pudiera parecer objetivo -la distancia entre oficinas de farmacia- pero que no es tal ya que la Sala lo refiere al algo diferente a su aspecto meramente métrico como son la determinación del punto de inicio y de las vías circundantes y sus circunstancias de tráfico. Es decir, en ambos casos estamos ante la necesidad de que la administración haga aplicación de la norma jurídica integrando algún concepto jurídico indeterminado o aplicando criterios valorativos.

Pero lo que no puede decirse es la sentencia impugnada se aparte de una doctrina previamente fijada por su misma Sala. Efectivamente, no puede admitirse, como se mantiene en el recurso, que la sentencia impugnada no resuelva la cuestión de si la decisión administrativa de denegación de apertura fue razonada y razonable apartándose de una doctrina previa y según la que para ello debería estarse siempre y en todo caso a lo resuelto por las sentencias previas sobre el carácter razonable o no de la decisión administrativa. Y hacemos esta afirmación por tres razones: 1ª) porque difícilmente puede hablarse de doctrina cuando se cita una sola sentencia de contraste que, además, resuelve un caso concreto sin aludir a la existencia de la doctrina que aplica; 2ª) porque la sentencia de contraste no fija, para nada, esa doctrina sino que resuelve el caso concreto sin expresar una argumentación doctrinal y de forma que, cuando debe efectuar su juicio de razonabilidad y valorar la complejidad o facilidad de la resolución anulada, toma en cuenta lo dicho en las sentencias previas sobre la existencia o no de núcleo diferenciado para apreciar el presupuesto de "núcleo aislado" pero sin calificarlo como doctrina de la Sala; 3ª) porque la sentencia impugnada hace exactamente lo mismo cuando efectúa su juicio de razonabilidad sobre el actuar administrativo, toma en cuenta, aún sin citarlas expresamente, los elementos valorados por las sentencias anulatorias para revisar la decisión administrativa sobre la forma y elementos para realizar la medición de distancias mínimas.

Para finalizar, la inexistencia de la doctrina que se trata de atribuir a la sentencia de contraste choca frontalmente con el último párrafo del fundamento de derecho segundo de la sentencia impugnada, donde



se dice que <<1º.- Es por ello, conforme a la doctrina expuesta, por lo que debe desestimarse la demanda en este aspecto pues la demandante queda compelida a soportar las consecuencias que derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión.

En este sentido se viene pronunciando esta Sala en STJ Navarra de fecha 29-12-2012 Rc 772/2010, 20-6-2007 Rc 421/2006, 15-6- 2006 Ap38/2006, 28-1-2015 Rc 475/2014.....>>.

Procede por todo ello la desestimación del presente recurso.

**CUARTO** .- La desestimación conlleva la imposición legal de las costas causadas a la parte recurrente en aplicación del artículo 129.2º de la Ley Jurisdiccional, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el punto 3º del citado precepto legal y teniendo en cuenta la entidad del recurso y la dificultad del mismo, señala en 3.000 euros la cifra máxima que, por todos los conceptos y por iguales partes, podrá ser repercutida por las partes recurridas que se personaron y ejercitaron efectiva oposición.

## FALLO

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

**PRIMERO.- NO HA LUGAR** al recurso de casación para unificación de doctrina número 3840/2015, interpuesto por la representación procesal de doña Ana contra la sentencia dictada el día 12 de junio de 2015 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Foral de Navarra en el recurso que fue seguido ante ella con el nº 419/2013.

**SEGUNDO** .- **HACER** imposición de las costas del recurso de casación a la parte recurrente en la forma reseñada en el último fundamento jurídico de esta sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.