

Roj: STS 2388/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2388
Id Cendoj: 28079130042016100178

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 4

Nº de Recurso: 3390/2014

Nº de Resolución: 1227/2016

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En Madrid, a 31 de mayo de 2016

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número **3390/2014** interpuesto por el Procurador don Evencio Conde de Gregorio en representación de **DOÑA Alejandra , DOÑA Candelaria Y DOÑA Elisabeth** contra la Sentencia de 29 de julio de 2014 dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso 1795/2012 . Han comparecido como partes recurridas doña Isidora , representada por el Procurador don Miguel Torres Álvarez y asistido de Letrado y la Comunidad de Madrid, representada y asistida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se interpuso el recurso contencioso-administrativo 1795/2012 contra la Orden del Consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid de fecha 11 de septiembre de 2012, por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución del Director General de Ordenación e Inspección de 26 de abril de 2012, por la que se acordó autorizar a doña Isidora el traslado de su oficina de farmacia sita en la calle Monte Perdido 115 al local de la calle Alfredo Marquerie 14, del municipio de Madrid, previa clausura del local que ocupa.

SEGUNDO .- La citada Sección dictó Sentencia de 29 de julio de 2014 cuyo Fallo dice literalmente:

« Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso Contencioso-Administrativo número 1795/2012, interpuesto por D^a Alejandra ; D^a Candelaria y D^a Elisabeth , representadas por el procurador Don Evencio Conde de Gregorio, contra la Orden del Consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid de fecha 11 de septiembre de 2012, por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución del Director General de Ordenación de Inspección de 26 de abril de 2012, con expresa imposición de costas a la parte recurrente. »

TERCERO.- Contra la referida Sentencia preparó recurso de casación la representación procesal de doña Alejandra , doña Candelaria y doña Elisabeth que la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal de Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado mediante diligencia de ordenación de fecha 2 de octubre 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 el Procurador don Evencio Conde de Gregorio en representación de doña Alejandra , doña Candelaria y doña Elisabeth presentó el escrito de interposición del recurso de casación basado, en síntesis, en los siguientes motivos:

1º Al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) por incurrir la sentencia recurrida en incongruencia omisiva causando indefensión proscrita por el artículo 24 de la Constitución , infringiendo el artículo 67 de la LJCA que

obliga a decidir todas las cuestiones controvertidas en el proceso, y la jurisprudencia sobre motivación de las sentencias, que se deriva del antiguo artículo 43.1 de la LJCA de 1956 y del actual artículo 67.1 de la LJCA .

2º Al amparo del artículo 88.1.c) de la LJCA por error patente de la sentencia recurrida consistente en entender que las recurrentes no habían « *propuesto ni presentado un informe pericial que desvirtúe el contenido de los informes anteriores, como fundamento de su pretensión...* » cuando precisamente toda su base jurídica iba sustentada sobre la base de un informe pericial visado elaborado por técnico competente incorporado por las recurrentes al expediente administrativo y citado de forma reiterada en sus escritos de demanda y conclusiones.

3º Al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA por infringir la sentencia recurrida las normas del ordenamiento jurídico aplicables relativas a la valoración de la prueba, así como la jurisprudencia que lo ha venido desarrollando, solicitando expresamente se revise la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal respecto al informe pericial aportado por las recurrentes.

4º Al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA por incurrir la sentencia recurrida por inaplicación, en lo dispuesto en los artículos 9, 10 y 11 de la Orden ministerial de 21 de noviembre de 1979.

QUINTO.- Por Diligencia de Ordenación de 10 de marzo de 2015 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 realizaron por los motivos que constan en sus escritos, el Procurador don Miguel Torres Álvarez en representación de doña Isidora solicitando la desestimación del recurso con condena en costas a las recurrentes; y el Letrado de la Comunidad de Madrid, en la representación que por su cargo ostenta, quien solicitó la inadmisión de los motivos primero y tercero del recurso y su desestimación, con imposición de costas a las recurrentes.

SEXTO.- Concluidas las actuaciones, por Providencia de 1 de abril de 2016 se designó Magistrado Ponente y se señaló este recurso para votación y fallo el día 17 de mayo de 2016, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Isidora , parte codemandada en la instancia y ahora recurrida, interesó el traslado de su oficina de farmacia en la calle Monte Perdido 115, Madrid, a la calle Alfredo Marquerie 14, también de Madrid. La cuestión litigiosa en la instancia se centró en las distancias mínimas de la nueva localización respecto de los centros de salud y otras oficinas de farmacia de la zona. Ya en casación lo litigioso se ha ceñido a las distancias respecto del centro de salud Ciudad de los Periodistas y la farmacia de la calle Fermín Caballero 51.

SEGUNDO.- A lo largo del procedimiento administrativo la Administración llegó a realizar cuatro mediciones: en la de 13 de julio de 2011 la distancia al centro de salud se midió en 196,5 metros; en la de 30 de agosto, 237,5 metros y en las de 23 de noviembre y tras el recurso de alzada, la distancia quedó fijada en 177 metros. En cuanto a la distancia respecto de la oficina de farmacia de la calle Fermín Caballero 51, en las dos primeras y únicas mediciones hechas la distancia quedó fijada en 237 y 278 metros respectivamente. Por el contrario las recurrentes en casación fijaron una distancia de 145,5 metros respecto del centro de salud y 244,5 respecto de la oficina de farmacia.

TERCERO.- La sentencia impugnada desestimó la demanda al tener por probado, con base en las diversas mediciones hechas por el técnico de la Administración, que se daban las distancias mínimas exigibles conforme a la Ley madrileña 19/1985, de 25 de noviembre, de Ordenación Farmacéutica: 250 respecto de las oficinas de farmacia y 150 metros respecto de los centros de salud (artículo 33.1 y 2) y que esas mediciones se realizaron según la Orden Ministerial de 21 de noviembre de 1979. Además la Sala entendió que la parte demandante no presentó prueba capaz de desvirtuar la medición hecha por el técnico municipal y de las realizadas por éste da mayor fuerza probatoria a las más recientes respecto de la primera.

CUARTO.- Los motivos de casación primero y segundo se basan en el artículo 88.1.c) y ambas pueden enjuiciar conjuntamente. Alega la parte recurrente que la sentencia de instancia incurre en incongruencia omisiva y en error pues no ha tenido en cuenta, ni ha resuelto, sobre lo alegado en la demanda según la cual las mediciones del técnico municipal son incorrectas tal y como probó ante la Administración de acuerdo con el informe que aportó, luego la sentencia es errónea al sostener que las demandantes no habían « *propuesto ni presentado un informe pericial que desvirtúe el contenido de los informes anteriores, como fundamento de su pretensión...* » .

QUINTO.- Respecto del vicio *in procedendo* de incongruencia omisiva, la parte recurrente cita acertadamente la jurisprudencia de esta Sala, por lo que ahora sólo cabe recordar que, según tal jurisprudencia, la exigencia de congruencia opera con menor intensidad cuando no se la contempla desde la perspectiva de las pretensiones, sino desde las alegaciones esgrimidas en su apoyo. Esa jurisprudencia sostiene que no es necesario para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación pormenorizada y explícita a todas y a cada una de esas alegaciones pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de líneas de defensa concretas no sustanciales (cf. Sentencias del Tribunal Constitucional 26/1997 , 101/1998 y 132/1999).

SEXTO.- Conforme a lo expuesto ambos motivos se desestiman pues la Sala de instancia sí ha tenido presente los términos de la controversia seguida en la instancia y esto por las siguientes razones:

1º El razonamiento de la sentencia de instancia podrá ser parco, pero no errado ni omisivo. No es errado porque las demandantes nunca propusieron una prueba pericial, sino que propusieron una documental consistente en los antecedentes obrantes tanto en el expediente administrativo como en autos. Estos antecedentes la Sala los tuvo por reproducidos y sólo denegó el reconocimiento judicial propuesto.

2º No obstante, en el supuesto de que se hubiere tenido el informe aportado por las demandantes como informe pericial, entraría en juego la afirmación de la Sala de instancia según la cual ese informe no habría desvirtuado el parecer del técnico municipal, lo que entra en el terreno de valoración de la prueba.

3º En cuanto a que omitiese resolver sobre sus alegaciones y no valorase el parecer del técnico que hizo mediciones en su favor, basta leer la sentencia para deducir que, como se ha dicho, da más valor probatorio a las mediciones hechas por el técnico municipal: a las dos últimas respecto del centro de salud y a la segunda respecto de la oficina de farmacia de la calle Fermín Caballero 51.

4º La repetición de mediciones trae por causa precisamente las alegaciones de las partes interesadas en el procedimiento administrativo luego, implícitamente, la Sala de instancia sí ha tenido presente la diversidad de criterios sostenidos por esas partes: en cuanto a los hechos, por razón de la concreta operación de medir y en lo jurídico atendiendo a la interpretación de la Orden de 21 de noviembre de 1979.

SÉPTIMO.- El tercer motivo ya al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA se desestima. Basta su lectura para deducir que las recurrentes se apartan de la disciplina casacional para plantear a este Tribunal que otorgue mayor fuerza probatoria al parecer del técnico que contrataron. Lo determinante para desestimar este motivo es que no se razona en qué medida la sentencia de instancia ha podido incurrir en una valoración arbitraria, irracional, incoherente de los informes del técnico municipal o que el parecer técnico que asume llegase a resultados absurdos, patologías éstas que son las únicas que permiten revisar en casación la valoración de la prueba hecha en la instancia.

OCTAVO.- Finalmente se plantea ya en el cuarto motivo la infracción de los artículos 9, 10 y 11 de la Orden ministerial de 21 de noviembre de 1979 según la aplicación que de ellos hizo la Administración. Pues bien, basta seguir los planos y las mediciones hechas por el técnico municipal para deducir que se ajustó a lo previsto en esos preceptos, concretándose la discrepancia en la medición hecha en la calle Alfredo Marquerie, en cuanto al espacio existente delante de la nueva oficina de farmacia, lo que afecta tanto a la distancia respecto del centro de salud como respecto de la oficina de farmacia de la calle Fermín Caballero 51.

NOVENO.- En ese espacio, sin ser una plaza ni un bulvar, se ensancha la calle y en el centro hay una isleta a la que, según se deduce de los planos y fotos existentes en el expediente, no cabe acceder desde las aceras al no haber paso de peatones. Es por esto conforme a dicha Orden que el técnico municipal no midiese en línea recta sino que girando hacia la izquierda siguiese el perímetro de ese ensanchamiento. Por tanto, se hicieron las mediciones « *por el camino vial más corto, siguiéndose una línea ideal de medición* » artículo 9.1), camino por el que transitan los peatones (artículo 10.1), luego tratándose de « *una plaza o espacio abierto, la medición por ella se practicará por el camino más corto que se utilice por los peatones* » esto es, por la acera y no atravesando la calzada donde no hay paso de peatones alguno.

DÉCIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LJCA se imponen las costas a la parte recurrente. Y al amparo del artículo 139.3 de la LJCA las costas procesales, por todos los conceptos, no podrán exceder de 2000 euros para cada una de las partes recurridas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido **PRIMERO.-** Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **DOÑA Alejandra , DOÑA Candelaria y DOÑA Elisabeth** contra la Sentencia de 29 de julio de 2014, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso contencioso-administrativo 1795/2012 . **SEGUNDO.-** Se hace imposición de las costas en la forma expuesta en el último Fundamento de Derecho de esta Sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

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 D. Rafael Toledano Cantero **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ