

Id Cendoj: 28079130042009100495  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
 Sede: Madrid  
 Sección: 4  
 Nº de Recurso: 5723/2007  
 Nº de Resolución:  
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
 Ponente: ENRIQUE LECUMBERRI MARTI  
 Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x APERTURA (OFICINAS DE **FARMACIA**) x
- x POBLACIÓN MUNICIPAL x
- x CARGA DE LA PRUEBA x
- x DERECHO AUTONÓMICO x

**Resumen:**

Autorización de oficinas de **farmacia** en virtud del módulo turístico valenciano. Vulneración de la carga de la prueba.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinte de Octubre de dos mil nueve

Visto por la Sala Tercera, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo, el recurso de casación número 5723/2007, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la procuradora doña Mercedes Rodríguez Puyol, en nombre y representación de don Luis Pablo , don Adolfo , doña María Angeles , doña Ascension y doña Elsa , contra la sentencia dictada el día ocho de noviembre de dos mil seis por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, -recaída en el recurso número 984/2005-.

Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida el letrado de la Generalitat Valenciana en la representación que le es propia.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en los autos número 984/2005, dictó sentencia el día ocho de noviembre de dos mil seis , cuyo fallo dice: "Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto contra la resolución administrativa identificada en el primero de los fundamentos jurídicos de esta sentencia. Sin efectuar expresa condena en las costas procesales".

**SEGUNDO.-** La representación procesal don Luis Pablo , don Adolfo , doña María Angeles , doña Ascension y doña Elsa , interpuso recurso de casación mediante escrito de fecha veintiuno de diciembre de dos mil siete.

**TERCERO.-** Mediante providencia dictada el veinticinco de marzo de dos mil ocho por la Sección Primera de esta Sala, se admitió a trámite el presente recurso, acordándose remitir las actuaciones a esta Sección Cuarta, conforme a las reglas del reparto de asuntos; donde se tuvieron por recibidas el doce de mayo de dos mil ocho, confiriéndose traslado a la parte recurrida para formular oposición.

**CUARTO.-** El abogado de la Generalitat Valenciana presentó escrito de oposición el día cuatro de junio de dos mil ocho.

**QUINTO.-** Concluidas las actuaciones se señaló para votación y fallo de este recurso el día trece de

octubre de dos mil nueve, fecha en que tuvo lugar, habiéndose observado los trámites establecidos por la ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Marti,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La representación procesal de los farmacéuticos don Luis Pablo , don Adolfo , doña María Angeles , doña Ascension y doña Elsa , que en la instancia impugnaron la resolución de la Consellería de Sanidad de la Generalitat Valenciana, de cuatro de febrero de dos mil cinco, que en aplicación del módulo turístico establecido en el *artículo 2, de la Ley 6/1998, de 22 de junio, de Ordenación Farmacéutica*, autorizó dieciocho oficinas de **farmacia** en el municipio de **Torre Vieja**, recurren en casación la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha ocho de noviembre de dos mil seis , que les desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la citada resolución.

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia que desestimó las dos pretensiones aducidas por los entonces demandantes acerca de la infracción del *artículo 18.3 de la Ley autonómica*, y la falta de acreditación del número de segundas residencias existentes en el año de la solicitud, se invoca al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* un único motivo de casación que se estructura en dos submotivos: por infracción de los *artículos 317.6, 319 y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y por conculcación de los *apartados 2 y 3 del citado artículo 217 de la Ley Procesal Civil* ; ambos relacionados con los *artículos 9.3 y 24 de la Constitución*.

**TERCERO.-** Estos submotivos deben ser analizados conjuntamente, pues ambos atacan la sentencia recurrida desde similar perspectiva jurídica, por considerar, que el Tribunal ignoró la fuerza probatoria de los documentos públicos, y en concreto, el certificado emitido por el Instituto Nacional de Estadística, obrante en el folio 19 del expediente administrativo, que acredita que según el censo de viviendas del año dos mil uno, en el municipio de **Torre Vieja**, había 18.898 viviendas vacías, ya que en su opinión, no es aceptable que en virtud del *artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, el Tribunal le impute la carga de probar, algo que ya ha probado, por el único modo que le es posible probar, mediante una certificación pública.

La Sala de instancia en el fundamento jurídico segundo -"in fine"- después de poner de relieve las dificultades que representa la tesis de los recurrentes que deben excluirse del cómputo las viviendas "vacías", pues, entiende que esta calificación no está contenida en la Ley de aplicación, ya que lo único que dice al respecto *"es que deben considerarse como viviendas de segunda residencia aquellas en las que no figure empadronado ningún habitante"* y que *"es lo cierto que, en cualquier caso, tampoco se habría probado que existan viviendas contabilizadas que carezcan, absoluta y permanentemente, de cualquier tipo de ocupación"*.

**CUARTO.-** Tienen razón los recurrentes cuando afirman que en virtud del *artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* se les impute por el Tribunal la carga de probar algo que ya han probado por el único motivo que les es posible probar: la certificación pública.

En el efecto, la certificación del Instituto Nacional de Estadística -folio 19 del expediente- es claro y preciso, al constatar que según los Censos de Población y viviendas 2001, según los resultados definitivos publicados en la página web del INE, el municipio de **Torre Vieja**, provincia de Alicante, tiene el número de **viviendas familiares no principales: secundarias y vacías:**

### **viviendas no principales**

. Secundarias **61.745 viviendas**

. Vacías 18.898 "

Es reiterada la doctrina de esta Sala, entre otras, la sentencia de uno de junio de dos mil seis, recaída en el recurso de casación número 100/2001 , la que afirma que el error en la apreciación de la prueba, puede traducirse en una vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba, y aquí, en el supuesto que enjuiciamos, el Tribunal de instancia incurrió en error de derecho, al prescindir de una verdadera prueba documental que acredita un dato de hecho incompatible, con aquello que fijó como hechos probados, al señalar que *"en cualquier caso tampoco se había probado que existan viviendas contabilizadas que carezcan absoluta y permanentemente de cualquier tipo de ocupación"*.

En consecuencia este motivo debe ser desestimado, lo que nos obligaría de conformidad con lo establecido en el *artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional* a casar la sentencia impugnada y resolver el debate en los términos en que aparece planteado el debate, que no son otros, que determinar: si conforme los *artículos 21 de la Ley 6/1998, de 22 de junio, de las Cortes Valencianas* y *artículo 3 del Decreto 149/2001, de 5 de octubre, de la Consellería de Sanitat*, debe excluirse del cómputo para autorizar dieciocho nuevas oficinas de **farmacia** en el municipio de **Torreveija**, las viviendas "vacías"; cuestión que la Sala de instancia ha tratado en diversas sentencias de forma distinta y contradictoria en base a unas interpretaciones jurídicas ciertamente incompatibles, como lo adviera nuestra reciente sentencia de catorce de octubre -recaída en el recurso de casación número 5449/2007 -.

Ahora bien, como quiera que la cuestión litigiosa que se suscitó en la instancia versó sobre una materia de la estricta y exclusiva competencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, como fue la aplicación e interpretación de norma autonómica, emanada de la Asamblea Legislativa de la referida comunidad; de acuerdo con el criterio sustentado por el Pleno de nuestra Sala, de treinta de noviembre de dos mil siete, recurso de casación 4638/2002, debemos retrotraer las actuaciones al momento inmediato anterior al que se dictó sentencia por el Tribunal de instancia, a fin de que por tratarse de una cuestión autonómica de la Comunidad Valenciana, sea resulta por el Juzgador "a quo".

**QUINTO.-** De conformidad con lo establecido en el *artículo 139 de la Ley Jurisdiccional* no procede hacer un especial pronunciamiento sobre las costas devengadas en la instancia ni en este recurso de casación.

Por 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**

Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Luis Pablo, don Adolfo, doña María Angeles, doña Ascension y doña Elsa, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha ocho de noviembre de dos mil seis, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 984/2005; y ordenamos la retroacción de lo actuado al momento inmediatamente anterior al de dictar sentencia por el Tribunal de instancia, a fin de que, por tratarse de una cuestión regulada por el derecho autonómico, de la Comunidad del País Valenciano, sean resueltas las cuestiones controvertidas por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del citado Tribunal, en los términos señalados en el fundamento jurídico cuarto de ésta nuestra sentencia; sin hacer un especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso de casación, ni las devengadas en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Enrique Lecumberri Marti, en audiencia pública celebrada en el día de la fecha, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.