

Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2020 (rec.6378/2018)

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.150/2020

Fecha de sentencia: 11/09/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6378/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/09/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego

Procedencia: T.S.J.GALICIA CON/AD SEC.2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 6378/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1150/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Rafael Fernández Valverde, Presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D^a. Inés Huerta Garicano

D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 11 de septiembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación seguido bajo el número 6378/2018 que ha sido interpuesto por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística (en adelante APLU), defendida por el letrado de la Xunta de Galicia, contra la *sentencia de fecha 3 de mayo de 2018, dictada por la Sección Segunda de la Sala Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia*. Dicha sentencia desestima el recurso de apelación interpuesto por APLU y confirma la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Lugo, estimatoria del recurso contencioso administrativo frente a la resolución de la Directora de la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística de 16 de diciembre de 2013.

La parte recurrida no se ha personado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Secc. Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del *TSJ de Galicia*, en el *recurso de apelación 4454/2016 dictó sentencia de fecha 3 de mayo de 2018* cuyo Fallo era del siguiente tenor literal: "Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de apelación presentado por la Letrada de la Xunta de Galicia, en nombre y representación de la AGENCIA DE PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA, contra la *Sentencia 193/2016 de 10 de junio, dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 1 de los de Lugo en el Procedimiento Ordinario 141/2014* , CONFIRMANDO ÍNTEGRAMENTE LA MISMA , sin costas".

SEGUNDO: Notificada a los interesados, APLU y la Xunta de Galicia, prepararon recurso de casación contra la citada sentencia, y la Sala Contencioso-Administrativa del TSJ de Galicia dictó resolución teniendo por preparado el mismo y emplazando a las partes para ante este Tribunal de Casación.

Recibidas las actuaciones, y no personada la recurrida, la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de *este Tribunal dictó Auto de 18 de febrero de 2019* , que acuerda: "1º) Admitir el recurso de casación preparado por Agencia de Protección de la legalidad urbanística de Galicia contra la *sentencia -nº 227/18, de 3 de mayo- de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, por la que desestimó el recurso de apelación nº 4454/2016* interpuesto contra la *Sentencia 193/2016 de 10 de junio, dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 1 de los de Lugo en el Procedimiento Ordinario 141/2014* , que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto frente a la resolución de la Directora de la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística, de 16 de diciembre de 2013, que estima parcialmente el recurso de reposición contra la resolución de 3 de julio de 2012,

recaída en el expediente de reposición de la legalidad de referencia en lo que respecta exclusivamente a la defectuosa notificación de la resolución recurrida, y ordena la retroacción de las actuaciones administrativas hasta el momento en que se dictó resolución de 3 de julio de 2013, y se proceda a su notificación; y asimismo frente a la resolución de 13 de febrero de 2014, por la que se notifica al recurrente la resolución de 3 de junio de 2012, en virtud de la retroacción de actuaciones antes referida, por estimarlas no conformes a derecho, anulándolas y dejándolas sin efecto.

2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si se suspende el procedimiento de restauración de la legalidad urbanística por la estimación de un recurso de reposición que ordena la retroacción de actuaciones.

3º) Identificar como norma jurídica que en principio será objeto de interpretación el *artículo 42.5 en relación con los artículos 44.2 y 113.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* ".

TERCERO: La representación procesal de la recurrente dentro del plazo prevenido en la Ley, presenta escrito en el que alega los hechos y fundamentos que estima oportunos y solicita de esta Sala: "[...] que estime las posiciones y pronunciamientos instados por esta representación en el presente escrito, anulando y casando la sentencia recurrida y desestimando el recurso contencioso-administrativo en su día interpuesto por la contraparte".

CUARTO: La parte recurrida no se ha personado.

QUINTO.- Quedando señalado para su deliberación, votación y fallo el 8 de septiembre de 2020, fecha en la que se celebró con observancia de las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Error evidente, sin consecuencia procesal.

En el presente procedimiento de casación, figura un escrito de la Xunta de Galicia, de fecha 7 de octubre de 2019 en el que se afirma en su primer párrafo que la Xunta "comparece en el recurso de casación núm. 6378/2018, en el que figura como contraparte Construcciones Neira Pérez, S.L."

Pero se trata de un evidente error, pues:

a.- La Xunta de Galicia no fue parte en el *recurso de apelación nº 4454/2016, ante el TSJ de Galicia, que concluyó por sentencia de 3 de mayo de 2018* aquí recurrida. La Xunta de Galicia no recurrió en casación la anterior sentencia, (*auto TSJ de Galicia 17 de septiembre de 2018*). Y en el *Auto de admisión del recurso de la Sección Primera de esta Sala, de 18 de febrero de 2019* , figura como única recurrente en casación la APLU.

b.- El contenido del referido escrito de la Xunta de Galicia evidencia el error por la misma padecido.

i.- En la carátula, se cita como número del *recurso de casación el 3750/2018,*

y se menciona como *sentencia objeto* del recurso una sentencia del TSJ de Galicia que no es, ni por el número ni por su fecha ni por el tema resuelto, la sentencia objeto del presente recurso.

Y ii.- Salvo el primer párrafo del escrito de la Xunta de Galicia del 7 de febrero de 2019 antes mencionado, todo el contenido de dicho escrito de interposición del recurso de casación es ajeno al presente recurso, teniendo por objeto la impugnación de una sentencia que no tiene relación alguna con el presente recurso 6378/2018.

c.- Dada la presencia de un manifiesto error en la presentación de dicho escrito por la Xunta de Galicia en un recurso con el que no tiene relación alguna, carece de virtualidad dicho escrito teniéndose por no presentado. Consultada la Letrada de la Administración de Justicia de esta Sección acerca de este error, informa al Ponente que el *recurso 3750/2018 finalizó por sentencia de esta Sección de 25 de mayo de 2020*, figurando como recurrentes el Ayuntamiento de Boqueixón y la Xunta de Galicia. Se constata que no ha existido ninguna incidencia en el 3750/2018, y que en este recurso, por error evidente, la Xunta envió el mismo escrito que surtió sus efectos en el 3750/2018. Ha existido un error de remisión por la Xunta de Galicia sin consecuencias procesales.

SEGUNDO.- Los hechos objeto de la cuestión de inconstitucionalidad formulada por la *Sección de Admisión en el auto de 18 de febrero de 2019*, son los siguientes:

1.- En fecha 11 de agosto de 2011 se acuerda por la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística de la Xunta de Galicia, (en adelante APLU), la incoación de expediente de reposición urbanística. En el expediente instruido consta informe de la Inspección Urbanística que las obras ejecutadas, (construcción de una vivienda unifamiliar de madera en el lugar de Montecelo (Lugo), en una parcela en la que figura como titular catastral el monte comunal de vecinos de Pedreda), no son legalizables por ser incompatibles con el ordenamiento jurídico, parcela clasificada como suelo rústico especialmente protegido, en el Plan General de Ordenación de Lugo.

2.- En fecha 3 de julio de 2012 concluye el expediente, resolviendo la APLU la no legalización de la vivienda y ordena su demolición.

La resolución se dicta en el plazo de un año, conforme al *artículo 209.4 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia* (LOUA).

3.- La notificación de la anterior resolución se intenta practicar por el Servicio de Correos los días 9 y 10 de julio de 2012, a las 10:15 horas y 10:40 horas respectivamente, sin éxito. Por lo que se publica edicto en el Diario Oficial de Galicia nº 152 de 9 de agosto de 2012 y en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Lugo, emplazando al interesado para notificación de la Resolución, *artículo 59.5 Ley 30/92*. Concluido el plazo el 22 de agosto de 2018, el interesado no se personó.

4.- El interesado, Construcciones Neira Pérez, S.L. actuando D. Constantino en su nombre, interpone el 21 de septiembre de 2012 recurso de reposición alegando notificación defectuosa por el Servicio de Correos al haberse producido una diferencia horaria inferior a 60 minutos entre el primer y segundo intento de notificación, y otros motivos ajenos a este recurso.

Por resolución de 16 de diciembre de 2013, y conforme al *art. 59.2 Ley 30/92*, e invocando la *sentencia de este Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2014*, dictada en interés de la ley, que exige "una diferencia en la segunda notificación de al menos 60 minutos respecto de la hora en que se practicó el primer intento de notificación", acuerda estimar parcialmente el recurso de reposición "en lo que respecta exclusivamente a la notificación de la resolución recurrida, y ordena la retroacción de las actuaciones administrativas al momento en que se dictó la resolución de 3 de julio de 2012, y practicar la notificación del expediente del 3 de julio de 2013 a D. Constantino ". (2013 es un error, debe decir 2012, como antes se expresa correctamente).

5.- Notificada la resolución de 16 de diciembre de 2013 del recurso de reposición, así como la de conclusión del expediente de fecha 3 de julio de 2012 el 18 de diciembre de 2013, Construcciones Neira Pérez S.L interpone recurso de reposición contra la resolución de 3 de julio de 2012, alegando que su notificación el 18 de diciembre de 2013 tuvo lugar transcurrido el plazo de un año del procedimiento, por lo que procedía declarar la caducidad del mismo. En fecha 13 de febrero de 2014 se dicta Resolución desestimando el recurso.

Contra la notificación el 18 de diciembre de 2013 de la resolución de 3 de julio de 2012, y la resolución de fecha 13 de febrero de 2014 del recurso de reposición interpuesto contra la correcta notificación de dicha resolución de fecha 13 de febrero de 2014, Construcciones Neira Pérez S.L. interpone recurso contencioso-administrativo. Por *sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (JCA) nº 1 de Lugo de 10 de junio de 2016*, se estima la demanda.

Apelada la anterior sentencia por la APLU ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Galicia, *éste dicta sentencia el 3 de mayo de 2018* desestimando dicho recurso y confirmando la sentencia apelada.

TERCERO.- En la desestimación de la apelación, la sentencia del TSJ impugnada afirma en su FD Segundo: "La interpretación pretendida por la administración resulta hartamente favorable para sus intereses, pero a tenor de la literalidad del *Art. 209.4 de la LOUGA* y el *Art. 42 de la LPAC* no cabe compartirla, porque si el primero establece que el plazo para la resolución de los expedientes de reposición es el de un año, el segundo impone que se tenga en cuenta que entre el acuerdo de iniciación y la notificación válida de su resolución no medie más de un año, por lo que en el presente caso, resultando indiscutido que el expediente se inicio el 11 de agosto de 2011, excluida toda virtualidad a los intentos de notificación producidos los días 9 y 10 de julio de 2012, por no mediar entre ellos más de una hora, por efecto de la estimación del recurso de reposición hemos de estar a la notificación válida de la resolución del expediente, que tuvo lugar el 18 de diciembre de 2013, por lo que había transcurrido sobradamente el plazo de un año, para entender que había operado la caducidad del expediente, lo que determina que el recurso haya de ser desestimado y la sentencia de instancia confirmada".

[...]"La administración recurrente aduce que *esta Sala en la St. 389/16 de 9 de junio de 2016 (recaída en el Recurso 4167/2016)* mantuvo la suspensión del plazo de caducidad durante la sustanciación del recurso de reposición, pero ese criterio ha de considerarse superado, máxime cuando contradice otra sentencia de *esta Sala de la misma fecha (esta vez la St. 393/16 de 9 de junio dictada en el Recurso 4047/2016)* por lo que entendemos que hemos de acogernos al criterio que consideramos más correcto, que es que la notificación de la resolución ha de producirse en plazo de

duración de caducidad de los procedimientos sin que quepa la suspensión del mismo, que contradice la propia esencia del plazo de caducidad cuya suspensión solo permite la Ley por motivos legalmente tasados con arreglo al *Art. 42.5 de la LPAC*, por lo que se impone la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

Sin perjuicio de la solución alcanzada hemos de reconocer que la cuestión ni es pacífica ni está definitivamente cerrada, como muestra el *Auto del T.S. de 27 de marzo de 2017* que admitió a trámite un recurso de casación en relación con la garantía de la seguridad jurídica en relación con los efectos de la caducidad en los procedimientos administrativos y en particular en los de restablecimiento o restauración de la legalidad urbanística, considerando como posibles preceptos infringidos los *Arts. 44.2 y 92.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común* y el *artículo 9.3 de la Constitución Española*.

CUARTO.- La Administración recurrente centra su recurso de casación afirmando: "De lo anterior la cuestión que hemos planteado, que deriva del caso concreto: si, acordada tal retroacción, la Administración deberá retomar la tramitación en ese concreto trámite y en ese concreto momento (previo a la producción del vicio de forma), restándole para concluir el procedimiento (mediante resolución y notificación) lo que le restaba cuando se produjo el vicio, tal y como defendemos, o si, como entiende la Sala de Galicia, también debe ser considerado todo el plazo que media desde la notificación defectuosa, la tramitación del recurso de reposición y la resolución del mismo".

Invoca en favor de su razonamiento diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia de Madrid, de Aragón, de Andalucía, de Galicia, y alega que, acordada la retroacción de actuaciones, el cómputo del plazo para resolver es el plazo que restaba en el momento de incurrirse en el vicio de forma determinante de la anulación. Invoca asimismo jurisprudencia de esta Sala en el ámbito tributario, interpretando el *artículo 104 de la LGT en relación con el 150.7 de la misma Ley*.

Es pacífico que el acuerdo de incoación del expediente de reposición de legalidad urbanística se inicia el 11 de agosto de 2011. La resolución, de fecha 3 de julio de 2012, se acuerda transcurridos 10 meses y 2 días. Su notificación se intenta los días 9 de julio de 2012 y 10 de julio de 2012, transcurridos en ésta última fecha 10 meses y 29 días, y la notificación edictal tiene lugar el 9 de agosto de 2012, (transcurridos 11 meses y 29 días). La resolución del recurso de reposición ordenando la retroacción es de fecha 16 de diciembre de 2013, y se notifica la misma así como la resolución de 3 de julio de 2012 el día 18 de diciembre de 2013.

La parte recurrida no se persona en el presente recurso.

QUINTO.- El tema a enjuiciar en el presente recurso es si la retroacción de actuaciones acordada en la resolución de un recurso de reposición al momento en el que se produjo el vicio de forma, significa que el plazo para notificar la resolución, cuya previa notificación ha sido anulada, debe entenderse no suspendido por la retroacción acordada (sentencia impugnada), o si la retroacción supone que el cómputo del plazo restante para notificar la resolución debe realizarse en el plazo que resta desde el momento al que se ordena retrotraer las actuaciones.

En la resolución administrativa de 16 de diciembre de 2013 se acuerda "retrotraer el momento en que se dictó la resolución del 3 de julio de 2012", y se

ordena seguidamente notificar dicha resolución.

En la argumentación de la parte recurrente, cuando se dicta la Resolución de 3 de julio de 2012, habían transcurrido 10 meses y 22 días. Cuando se intenta la segunda notificación, el 10 de julio de 2012, que es precisamente la notificación anulada, por no haberse practicado con una diferencia en la hora de notificación superior a 60 minutos en relación a la hora en que se intentó la primera, habían transcurrido 10 meses y 29 días.

Si se interpretara, extremo sobre el que más adelante se pronunciará esta Sala, que el momento de retroacción es el momento en el que se produjo la violación de forma, es decir, en las notificaciones por correo, y en concreto, fijando la fecha de retroacción en la segunda y defectuosa notificación el 10 de julio de 2012, restaba aún más de un mes para notificar la resolución.

Y como quiera que la notificación de la resolución de 16 de diciembre de 2013 tuvo lugar el 18 de diciembre de 2013 a los dos días de la misma, junto con la notificación de la resolución de 3 de julio de 2012, dicha resolución de 2012 finalizadora del expediente se habría notificado dentro del año desde la incoación.

Expuesto lo anterior, es obvio que la cuestión planteada por la Sección de Admisión no se refiere a precisar el *dies a quo* o *dies ad quem* en el computo del plazo de un año, sino exclusivamente al significado de la retroacción acordada.

SEXTO.- Procede seguidamente la exposición de los preceptos mencionados en el auto de admisión del recurso.

Así el *artículo 42 de la Ley 30/1992*, establece en su apartado 2 que el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento (idéntica redacción en la hoy vigente *Ley 39/2015, art. 21.2*). En este caso, un año, *ex artículo 209.4 LOUG, Ley 9/2002*, antes citada en el FD Segundo.

Y en su *apartado 5 (art. 22 de la Ley 39/2015)* establece los supuestos en los que se podrá suspender el transcurso del plazo máximo para resolver un procedimiento y notificar la resolución. Apartado que es innecesario transcribir pues "suspensión de plazo" no es "retroacción de actuaciones", como más adelante se razonará.

El *art. 44.2 de la Ley 30/92* determina que "cuando la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad al vencimiento del plazo máximo establecido sin haberse dictado y notificado resolución expresa." (idéntica redacción en la vigente *Ley 39/2015, artículo 25*).

El *artículo 113.2 (hoy 119.2 Ley 39/2015)* de la misma *ley 30/92* dispone: "Cuando existiendo vicio de forma no se estime procedente resolver sobre el fondo se ordenará la retroacción del procedimiento al momento en el que el vicio fue cometido, salvo lo dispuesto en el art. 67", (este precepto no opera en este caso pues no estamos en presencia de convalidación de actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan).

La sentencia impugnada, al afirmar que: "[...]sin que quepa la suspensión (del

plazo de duración de caducidad), que contradice la propia esencia del plazo de caducidad cuya suspensión solo permite la Ley por motivos legalmente tasados con arreglo al artículo 42.5 LAPC [...]", confunde suspender un plazo con retrotraer actuaciones al momento en el que se produjo el vicio de forma.

Suspender es "detener o diferir por algún tiempo una acción u obra" (Diccionario R.A.E.), y un ejemplo reciente de suspensión (detención/interrupción) de términos y de plazos, aparte los tasados en el precepto 42.5 Ley 30/92, lo hemos tenido en las *Disposiciones Adicionales Segunda y Tercero del RD 463/2020*, del estado de alarma. Un término se suspende y un plazo se interrumpe.

Retrotraer es "volver atrás en las actuaciones judiciales o administrativas para practicar una diligencia indebidamente omitida o incorrectamente realizada", "retroceder a un tiempo pasado para tomarlo como referencia", (Diccionario RAE). Retroacción es volver atrás en el tiempo, no interrumpir o suspender.

Al ordenarse la retroacción de actuaciones "al momento (temporal) en que se produjo el vicio de forma", no hay en absoluto suspensión de ningún plazo, sino una vuelta atrás en el procedimiento, que debe acabar en el tiempo restante al momento en el que tuvo lugar el vicio.

SÉPTIMO.- Esta es la interpretación semántica y racional de la retroacción, y que esta Sala y el Tribunal Constitucional han establecido clara y contundentemente.

Así, esta Sala, en los asuntos tributarios, ha examinado la diferencia entre los *artículos 150.7 de la Ley General Tributaria (LGT)* en relación con el *artículo 104.2 de la misma norma*.

El *artículo 150.7 LGT* establece, en el capítulo IV, Actuaciones y procedimiento de inspección, artículos 141 y siguientes, lo siguiente: "Cuando una resolución judicial o económico-administrativa aprecie defectos formales y ordene la retroacción de las actuaciones inspectoras, éstas deberán finalizar en el periodo que reste desde el momento al que se retrotraigan las actuaciones hasta la conclusión del plazo previsto en el apartado 1 (18 meses con carácter general), o en seis meses, si éste último fuera superior".

El *art. 104.2 LGT* dispone: "Los períodos de interrupción justificada que se especifiquen reglamentariamente, las dilaciones en el procedimiento por causa no imputable a la Administración Tributaria, y los períodos de suspensión del plazo que se produzcan conforme a lo previsto en esta Ley no se incluirán en el cómputo del plazo de resolución".

Al no prever la *LGT en los procedimientos de gestión tributaria, Capítulo II, entre los que se encuentra el art. 104.2*, antes transcrito, ninguna referencia a la retroacción, y planteada ante esta Sala si tras la retroacción la Administración disponía del plazo total del procedimiento, o solamente del plazo restante desde el momento que tuvo lugar el vicio, la *Sección Segunda dictó sentencias, de 25 de enero de 2017, recurso número 2253/2015, de 31 de octubre de 2017, recurso número 572/2017, y de 23 de mayo de 2018, recurso 666/2017*, en las que afirmó lo siguiente en la última de las sentencias citadas (FD Cuarto, B): ""La retroacción de actuaciones no pone en marcha un procedimiento nuevo, sino que vuelve atrás en el ya abierto, en el que se produjeron las fallas procedimentales que determinan la anulación de la resolución que le puso fin... la Administración no puede contar con todo el tiempo

previsto legalmente para el procedimiento de que se trate, ante el silencio del *artículo 104 LGT* queda por determinar cuál sea el mismo. Atendida la causa de la decisión anulatoria que ordena retrotraer las actuaciones, cualesquiera que fueren las actuaciones que deba efectuar la Administración para dar debido cumplimiento a la retroacción acordada, el plazo del que dispone el órgano competente para adoptar la decisión que procede es, exclusivamente, el que le restaba -en el procedimiento originario- para dictar la correspondiente resolución desde el momento en el que tuvo lugar el defecto determinante de la indefensión...

El *artículo 104 LGT* deber ser interpretado en el sentido de que, en una situación como la del presente litigio, la Administración tributaria debe tramitar el procedimiento retrotraído y notificar una resolución al interesado en el plazo que reste desde que se realizó la actuación procedimental causante de la indefensión del interesado, que determinó la anulación del acto administrativo que puso fin al procedimiento".

En el mismo sentido constan sentencias de Tribunales Superiores de Justicia invocadas por la recurrente.

En la sentencia impugnada se afirma que "la solución alcanzada hemos de reconocer que la cuestión ni es pacífica ni está definitivamente cerrada", refiriéndose al *auto de esta Sala, Sección Primera, de 27 de marzo de 2017* de admisión de un recurso de casación. Dicho auto se dictó en el recurso 2/2017, y en el mismo se pronunció *sentencia de esta Sala por esta Sección Quinta el 31 de mayo de 2018*. Examinada esta sentencia, la misma no resuelve sobre el efecto de la retroacción de actuaciones, sino a lo planteado en la cuestión de interés casacional, referida a la aplicación a un procedimiento de legalidad urbanística de las reglas de silencio administrativo, pese la declaración de caducidad del expediente. Es decir, los preceptos que fueron interpretados en esta sentencia son los *artículos 44.2 y 92.3 Ley 30/92*, y no, como ocurre en el presente caso, el *artículo 42.5 en relación con los arts. 44.2 y 113.2 Ley 30/92*.

Por último, el *Tribunal Constitucional, en su sentencia 5/2018, de 22 de enero*, resolviendo un amparo por una defectuosa notificación en un procedimiento de ejecución hipotecaria, declara la violación del derecho del recurrente en su derecho a la tutela judicial efectiva, y "ordena la retroacción de las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior a que se acordara la notificación edictal del requerimiento de pago [...] despachando ejecución, a fin de que se le comunique en términos respetuosos con su derecho a la tutela judicial efectiva". (FJ 3 *in fine*). Y en el mismo sentido, la reciente *sentencia 86/2020, de 20 de julio*.

OCTAVO.- En respuesta a la cuestión de interés casacional formulada, se contesta:

En un procedimiento administrativo, la retroacción de actuaciones acordada en la estimación de un recurso de reposición, consecuencia de la existencia de un vicio formal, al momento de la notificación de la resolución administrativa recurrida, significa que, en la vuelta atrás en el tiempo que es la retroacción, la Administración debe culminar el procedimiento retrotraído y notificar al interesado correctamente la resolución, en el plazo que reste desde que se realizó la actuación procedimental causante de la indefensión del interesado.

En el caso concreto, ordenada la retroacción en la estimación parcial del

recurso de reposición el 16 de diciembre de 2013, y notificada dicha resolución del recurso y la resolución que fue impugnada el 18 de diciembre de 2013, se ha corregido el vicio formal del segundo intento de notificación que tuvo lugar el día 10 de julio de 2012. En esta última fecha habían transcurrido 10 meses y 29 días del plazo de un año para resolver el expediente de legalidad urbanística. Retrotraído por la ficción jurídica de la retroacción el procedimiento a dicha fecha, ("momento") y practicada correctamente la notificación a los dos días de acordarse la retroacción (18 de diciembre de 2013), se concluye que la Administración concluyó el expediente transcurridos 11 meses y un día, es decir, dentro del plazo de un año, que restaba del procedimiento desde que se causó la actuación procedimental causante de la indefensión.

Por todo lo expuesto, procede estimar el presente recurso, anular la sentencia impugnar y confirmar la resolución administrativa objeto del recurso.

NOVENO.- No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso, conforme al *art. 93.4 de la Ley Jurisdiccional* .

FALLO

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

PRIMERO.- Se responde a la cuestión de interés casacional planteada en los términos expuestos en el FD Octavo de esta sentencia.

SEGUNDO.- Estimar el recurso de casación contra la *sentencia de fecha 3 de mayo de 2018, dictada por la Sección Segunda de la Sala Contencioso-Administrativo del TSJ* de Galicia, que se anula y deja sin efecto, confirmándose la resolución administrativa de 13 de febrero de 2014, objeto del presente recurso.

TERCERO.- Establecer lo relativo a las costas del presente recurso de casación, en los términos expresados en el último Fundamento de Derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Rafael Fernández Valverde D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy D^a. Inés Huerta Garicano

D. Francisco Javier Borrego Borrego

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Francisco Javier Borrego Borrego** , estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.