

Sentencia de la Sala contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2020 (rec.7929/2019)

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.717/2020

Fecha de sentencia: 14/12/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7929/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/12/2020

Ponente: Excma. Sra. D.^a Ángeles Huet De Sande

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Galicia

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

Transcrito por: CPB

Nota:

R. CASACION núm.: 7929/2019

Ponente: Excma. Sra. D.^a Ángeles Huet De Sande

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1717/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Francisco Javier Borrego Borrego

D^a. Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 14 de diciembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 7929/2019, interpuesto por **D. Higinio**, representado por la procuradora D^a Teresa Pita Urgoiti, bajo la dirección letrada de D^a María José Gómez Alonso, contra la *sentencia dictada por la de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 22 de marzo de 2019, dictada en el recurso de apelación núm. 4435/17*, sobre desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Concello de Ourense de 2 de mayo de 2013, por el que se denegaba la licencia de obra para proyecto básico y de ejecución de cinco viviendas unifamiliares sitas en la CALLE000 número NUM000.

Se ha personado en este recurso como parte recurrida **El Ayuntamiento de Ourense**, representado por la procuradora D^a María Belén San Román López, bajo la dirección letrada de D^a Ainare Tamargo Suárez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ángeles Huet De Sande.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En el recurso de apelación núm. 4435/2017, la *Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con fecha 22 de marzo de 2019, dictó sentencia* cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

"Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por D. Higinio, contra la *sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Ourense nº 131/2017, de 10 de julio de 2017, en el procedimiento ordinario 367/2015*, y CONFIRMAMOS ÍNTEGRAMENTE la sentencia apelada.

No se hace imposición de las costas procesales."

SEGUNDO. Contra la referida sentencia la representación procesal de D. Higinio preparó recurso de casación, que por la *Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Galicia se tuvo por preparado mediante auto de 15 de noviembre de 2019*, que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento a las partes.

TERCERO. Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la *Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, con fecha 28 de febrero de 2020, dictó auto* cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

1º) Admitir el recurso de casación n. 7929/2019, preparado por la representación procesal D. Higinio, contra la *sentencia n. 168/2019, de 22 de marzo, de la Sección 2ª de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia*.

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso de casación que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, y las normas jurídicas que serán objeto de interpretación en sentencia son las respectivamente indicadas en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución.

Esto es, la cuestión que precisa ser esclarecida consiste en determinar

1ª.- "si el vencimiento del plazo máximo, sin haberse notificado por la Administración competente resolución expresa, sobre la solicitud de una licencia de obra amparada en un Plan General de Ordenación Municipal, vigente al transcurso de dicho plazo, pero que es anulado, poco después, por sentencia judicial firme, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo".

2ª.- "si la declaración de nulidad de la norma reglamentaria comunica sus efectos a los actos dictados en su aplicación, que sean anteriores a que la anulación de la norma general produzca efectos generales- y hayan ganado firmeza- en el caso en que, pudieran entenderse producidos por silencio administrativo".

Y, por otra parte, las normas que deberán ser objeto de interpretación son:

"los *artículos 43 y 44 Ley 30/92*, *72.2 y 73 LJCA*, y *9 del Decreto de 17 de junio de 1955* por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, en relación con los *artículos 195. 1 y 5 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre*, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia (LOUGA), y *artículo 16.4 del Real Decreto 28/1999, de 21 de enero*, por el que se aprueba el Reglamento de disciplina urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley del suelo de Galicia, de igual contenido al *art. 11.3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre*, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana", sin perjuicio de que la sentencia deba extenderse a otras, si lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

3º) Para la sustanciación del recurso, comuníquese esta resolución a la Sala de instancia y remítanse las actuaciones a la Sección quinta de esta Sala Tercera, a la que corresponde el enjuiciamiento del recurso con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos, dando cumplimiento a lo establecido en los *artículos 90.6 y 92.1 de nuestra Ley jurisdiccional*.

4º) No se hace especial pronunciamiento en materia de costas procesales.

5º) Publíquese este auto en página web del tribunal Supremo."

CUARTO. La representación procesal de D. Higinio interpuso recurso de casación en el que termina suplicando a la Sala que "...dicte Sentencia:

-casando y anulando la Sentencia recurrida, y dicte un nuevo pronunciamiento por el que se acuerde la estimación del recurso contencioso administrativo interpuesto frente a la desestimación presunta del recurso de reposición de 13 de junio de 2013 ampliado en fecha 26 de julio del mismo año, reconociendo que los proyectos de mi

representado se ajustaban a la normativa aplicable y que ganó las licencias por silencio administrativo positivo.

-Subsidiariamente, que se ordene la retroacción de las actuaciones remitiéndolas al Tribunal Superior de Justicia de Galicia para que resuelva teniendo en cuenta que la norma aplicable es el Pxom 2003 modificación primera."

QUINTO. La representación procesal del Ayuntamiento de Ourense se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario, mediante escrito en el que termina suplicando a la Sala que "...Tenga por recibido el presente escrito con las copias que lo acompañan, lo admita y por impugnado el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Higinio, y a su tenor, en su día, desestime dicho recurso, confirmando la Sentencia del *Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia 168/2017, de 22 de marzo de 2019, recurso de apelación 4435/2019* .".

SEXTO. Mediante providencia de fecha 24 septiembre 2020, se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 17 de noviembre 2020 y por providencia de 3 noviembre de 2020, se deja sin efecto dicho señalamiento, señalándose nuevamente el día 1 de diciembre de 2020, en cuya fecha han tenido lugar dichos actos procesales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Las sentencias del Juzgado y de la Sala.

La *sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sección Segunda, con fecha 22 de marzo de 2019* , confirma en apelación la dictada por el Juzgado nº 2 de Orense con fecha 10 de julio de 2017, que desestimó el recurso contencioso administrativo deducido por don Higinio frente al acuerdo de 2 de mayo de 2013, adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Orense (confirmado en reposición por resolución presunta) por el que se denegó la licencia de obras para proyecto básico y de ejecución de cinco viviendas unifamiliares sitas en la CALLE000 nº NUM000, de dicho municipio.

La sentencia recurrida en su Fundamento Tercero argumenta en los siguientes términos:

" **Sobre la obtención de la licencia por silencio administrativo positivo.**

Para la resolución de la controversia se debe partir de las siguientes premisas:

1º. El proyecto básico y de ejecución se presentaron al amparo del Plan Xeral de Ordenación Municipal de Ourense (PXOM) de 2003 y este fue anulado por Sentencia del Tribunal Supremo del año 2011.

2º. La prueba practicada en la instancia versó sobre la conformidad del proyecto con el PXOM anulado por sentencia firme en el año 2011, sin que se haya acreditado la conformidad con el planeamiento anterior (de 1986).

3º. El acto recurrido en la instancia, dictado en fecha 6 de mayo de 2013,

denegó la licencia solicitada por acto expreso, esto es, tras la anulación del PXOM de 2003, basándose en que los proyectos no se ajustan al PGOU de 1986.

Es cierto que de conformidad con el *artículo 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, la sentencia firme anulatoria del PXOM de 2003 no afecta por sí misma a la eficacia del acto administrativo firme que lo hubiera aplicado antes de que la anulación alcanzase efectos generales, pero no es menos cierto que para considerar que existe un acto administrativo firme de otorgamiento de licencia por silencio administrativo no basta el mero transcurso del tiempo desde la presentación de la solicitud. De conformidad con el *artículo 195.1 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia*, aplicable por razones temporales, en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o planeamiento urbanístico.

Tratándose de una solicitud de licencia presentada al amparo del PXOM de Ourense 2003, para considerar que la misma ha sido estimada por silencio administrativo habría que examinar el ajuste de dicha licencia a dicho planeamiento, que es lo que alega la parte apelante. Lo que sucede es que dicha disposición ha sido anulada judicialmente y el vicio de nulidad radical tiene una eficacia ex tunc. Esta proyección temporal del vicio de nulidad se modula, en el sentido de no impedir que subsistan los actos firmes anteriores que se hubieran dictado al amparo de la norma anulada con posterioridad, pero en este caso no puede apreciarse la existencia de ese acto firme, porque falta el primer presupuesto necesario para considerar obtenida la licencia por silencio administrativo positivo: tal y como se razona en la sentencia apelada sería una licencia "contra legem", porque su amparo era un plan general nulo, lo que determina que esa solicitud de licencia fuera contraria a la legislación urbanística, por derivación de la nulidad del propio plan a cuyo amparo se formuló la solicitud y se presentó el proyecto.

Dicho en otros términos, se puede decir que para que exista licencia obtenida por silencio debe probarse el ajuste a un planeamiento válido y aplicable al momento de la solicitud, presupuesto que no puede concurrir cuando se dicta sentencia anulatoria, que determina la declaración de una nulidad radical de una disposición, que en cuanto tal determina una falta de validez desde el mismo momento de la aprobación.

No es de aplicación en este caso la doctrina que, en los casos de resolución tardía del expediente, postula la aplicación del planeamiento vigente en el momento de la solicitud en lugar del nuevo plan aprobado con posterioridad cuando se trata de una sucesión de normas, porque en este caso no hay sucesión de normas, sino nulidad de la disposición general al amparo de la cual se presentó la solicitud de licencia, nulidad que determina que el planeamiento aplicable a la fecha de la solicitud sea el plan anterior al aprobado en el año 2003 y anulado judicialmente. El Concello deniega por acto expreso la licencia porque el proyecto no cumple ese plan anterior de 1986 que resulta ser el aplicable y el apelante reconoce que no hay prueba de esa conformidad a ese plan anterior.

Con acogimiento de la línea argumental expuesta en la Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, de junio de 2017, por el entonces Magistrado titular del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 1 de Ourense, hay que tener en cuenta que si la licencia se hubiera otorgado por acto expreso antes de la anulación judicial del planeamiento adolecería de igual nulidad derivada de la nulidad del plan a cuyo

amparo se solicitó, y esa nulidad se debería declarar en el caso de impugnación en plazo.

Por ese motivo no puede considerarse existente el silencio administrativo positivo en este caso, que se condiciona en materia urbanística no solo al transcurso del plazo desde la presentación de la solicitud, sino que solo se producirá ese silencio positivo si se prueba la conformidad de lo solicitado con la legislación y el planeamiento urbanístico, y no puede afirmarse esa conformidad cuando el amparo del proyecto constructivo es un planeamiento nulo.

Una cosa es que, con carácter general, subsista el acto firme anterior a una disposición general anulada y otra cosa distinta es que la nulidad del planeamiento declarada judicialmente no vicie la disposición general desde su aprobación, de tal forma que el plan debe considerarse nulo desde su aprobación y por tanto ya en el momento en que se solicitó la licencia, y con el amparo de un plan nulo no se puede decir que lo solicitado sea conforme con la legislación urbanística y planeamiento aplicable.

En suma, se trata de una cuestión jurídica, resuelta de forma motivada y acertada en la sentencia impugnada, que determina la irrelevancia del resto de argumentos empleados en el recurso de apelación, tanto en relación con la doctrina de los actos propios, como en relación con la alegada conformidad con el PXOM de 2003.

Con independencia del criterio que haya expresado el Concello en algún acto de trámite sobre el planeamiento aplicable para resolver sobre la solicitud de licencia, una vez que se dicta la sentencia anulatoria de ese Plan General y se notifica a las partes, el Concello viene vinculado por la misma y no puede seguir realizando actos de aplicación de un planeamiento anulado por sentencia firme, por lo que se ve impedido de analizar la cuestión del ajuste del proyecto constructivo a ese planeamiento anulado.

Por tanto, a la fecha de presentación de la solicitud no puede considerarse que el proyecto fuese conforme con la legislación y planeamiento urbanístico, ya que el planeamiento urbanístico que se debe tener en cuenta en este momento, para juzgar la existencia del silencio administrativo, no puede ser el anulado judicialmente.

En cuanto a las cuestiones procesales alegadas ninguna de ellas determina la existencia de indefensión ni tampoco afectan a ningún aspecto decisivo para la resolución de la litis. Debe aclararse que la desestimación del recurso contencioso-administrativo se debe considerar conforme a derecho, en función de la falta de conformidad de la licencia solicitada con la legislación y planeamiento urbanístico, como motivo determinante de la inexistencia de silencio administrativo positivo, y no porque se considere aplicable el régimen del silencio administrativo negativo introducido por el Real Decreto-Ley 8/2011 y contenido actualmente en el Real Decreto Legislativo 7/2015, razón por la cual no se vulnera el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, ya que no se consideran aplicables tales disposiciones ni el régimen de silencio negativo, sino que se aprecia la falta de los presupuestos necesarios para considerar obtenida la licencia por silencio administrativo positivo.

En este contexto, resulta innecesario analizar el denunciado error en la valoración de la prueba respecto al ajuste al PXOM de 2003, ya que por lo expuesto el mismo no se puede considerar aplicable, una vez que se dictó sentencia anulatoria de

tal disposición general, estando vinculado el Concello a no seguir aplicándolo desde su notificación, además de los efectos generales vinculados a la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo anulatoria de dicha disposición genera.

En atención a lo expuesto, el recurso de apelación debe ser desestimado."

SEGUNDO. El auto de admisión del recurso.

Este auto precisa que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar:

1ª.- Si el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado por la Administración competente resolución expresa sobre la solicitud de una licencia de obra amparada en un Plan General de Ordenación Municipal, vigente al transcurso de dicho plazo, pero que es anulado poco después por sentencia judicial firme, legítima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo.

2ª.- Si la declaración de nulidad de la norma reglamentaria comunica sus efectos a los actos dictados en su aplicación, que sean anteriores a que la anulación de la norma general produzca efectos generales- y hayan ganado firmeza- en el caso en que pudieran entenderse producidos por silencio administrativo.

El auto indica, asimismo, que las normas que debemos interpretar son los *arts. 43 y 44 de la Ley 30/92*, *72.2 y 73 LJCA*, y *9 del Decreto de 17 de junio de 1955* por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, en relación con los *arts. 195. 1 y 5 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre*, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia (LOUGA), y *art. 16.4 del Decreto 28/1999, de 21 de enero*, por el que se aprueba el Reglamento de disciplina urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley del suelo de Galicia, de igual contenido al *art. 11.3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre*, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, sin perjuicio de que la sentencia deba extenderse a otras, si lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

TERCERO. El escrito de interposición.

Sus razonamientos son en suma los siguientes:

I).- Existencia de silencio administrativo positivo firme.

A).- Vulneración de los *arts. 195.1 LOUGA, 16.4 del DUG (Decreto 28/1999)* de igual contenido que el *art. 11.3 TRLS 2015*. Estos preceptos obligan a que "se otorguen las licencias de acuerdo con la ley vigente en el momento de su obtención por silencio administrativo, es decir, el Pxom 2003 modificación primera aprobada por Acuerdo de Pleno del Ayuntamiento de 6 de octubre de 2006, publicado en BOP número 251 de 31 de octubre de 2006. (F. 311 expediente judicial, en adelante, EJ).

La resolución recurrida vulnera estos preceptos al entender aplicable una norma futura (Pxom 1986) todavía "no vigente" en el momento de obtención por silencio de las licencias, ya que el Pxom 1986 sólo entró en vigor en el momento en que la declaración de nulidad judicial del Pxom 2003 tuvo efectos generales frente a terceros."

B).- Vulneración del art. 195.5 LOUGA, del art. 9 RSCL y 43 Ley 30/1992 . Porque "en el supuesto de Autos, la documentación de los proyectos de obra y de ejecución era completa y correcta a fecha 21 de septiembre de 2010 (incluso antes, a juicio de esta parte). No se solicitó subsanación ni se notificó resolución expresa. En consecuencia, a 21 de diciembre de 2010 se adquirieron las licencias por silencio administrativo positivo.

Los efectos del silencio se produjeron "ope legis"-en virtud de los *artículos 195.5 LOUGA, 9 RSCL y 43.2 ley 30/92- en 2009 y 2010, vigente el Pxom 2003* por el mero transcurso del plazo legal desde la aportación de la documentación completa, sin solicitar subsanación y sin resolución expresa por parte de la Administración.

Desde ese momento existe el acto presunto y se obtuvieron las licencias por silencio positivo. En el momento presente solamente se trata de reconocer que así fue en el pasado.

Las mismas ganaron firmeza al menos 7 meses antes de que la nulidad del plan de 2003 declarada por *STS, Sección 5º, de 9 de marzo de 2011* , alcanzase efectos generales."

C).- Vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la firmeza del acto presunto. "El TS expone la verdadera naturaleza del acto producido por silencio: es un auténtico acto administrativo de sentido positivo, y no puede ser contradicho. Además, es firme al no haber sido impugnado por nadie". Cita jurisprudencia al respecto y entiende que "en el caso presente nos encontramos en presencia de un acto presunto obtenido por silencio administrativo y de sentido positivo, porque así resulta del *artículo 43.1 y 43.3 de la ley 30/92* , porque además lo establece la legislación sectorial en el art 9 RSCL y 195.5 LOUGA:

-transcurrieron los plazos legales para que la administración respondiese, sin que se solicitase subsanación alguna ni se notificase resolución.

-la licencia fue obtenida por acto presunto con arreglo a la única normativa vigente en ese momento, el Pxom 2003, y era firme más de 7 meses antes de que su nulidad alcanzase efectos generales por su publicación en el boletín oficial.

-el acto administrativo presunto no fue impugnado por sujeto alguno.

La resolución recurrida entiende que la anulación judicial del Pxom 2003 produce efectos "ex tunc" sin excepciones.

Entiende que por derivación de la nulidad del Pxom 2003 (nulidad en cascada) a los actos aplicativos del mismo (licencias) no existe acto presunto ni firmeza del mismo, puesto que no se ajusta a un planeamiento "vigente".

D).- Vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la legislación aplicable en materia de licencias, en los casos de resolución extemporánea por causa imputable a la administración, según la cual, "cuando la Administración resuelve fuera del plazo legal de tres meses, indica que ha de ser la vigente al tiempo de la solicitud. La sentencia que se recurre señala que dicha doctrina del TS se aplica solamente a los casos de sucesión de normas, pero no a aquellos en los que se ha declarado la nulidad de un plan general. Esta afirmación no tiene soporte legal ni en la

jurisprudencia del *TS*, que adopta la postura contraria". Y cita la Sentencia de 11 de abril de 2002 (RJ 2002856) que indica que la anulación judicial del plan o su derogación producen idénticos efectos respecto a los actos firmes, y otras en el mismo sentido. Añadiendo que "[E]sta doctrina impide que la administración eluda la aplicación de la normativa procedente a través de dilatar el procedimiento con trámites innecesarios hasta que pueda existir un régimen urbanístico nuevo que (retroactivamente aplicado) impida la concesión de licencia.". Cita jurisprudencia al respecto y considera que existe identidad sustancial con la sentencia recurrida. "En el caso presente, la resolución fue extemporánea, puesto que no se dictó hasta varios años después (2.5.13) de que se aportase la documentación completa y correcta (21.9.2010). Por ello, habrá de estarse a la norma vigente en el momento de la solicitud del interesado, es decir, el Pxom 2003 modificación primera."

II).- Conservación de los actos presuntos firmes anteriores a que la anulación de la disposición general produzca efectos generales . Infracción de los art. 72 y 73 LJCA .

En este caso la *STS de 9 de marzo de 2011* que anuló el PXOM de Orense fue publicada en el BOGA de 28 de julio de 2011 y en el BOP Ourense de 9 de agosto de 2011, y es a partir de ese momento cuando produce efectos generales de carácter *ex tunc* , pero respetando los actos firmes dictados al amparo del PXOM de 2003, como el que aquí se ha producido por silencio positivo. La sentencia recurrida vulnera estos preceptos cuando entiende que "la sentencia anulatoria determina la nulidad *ex tunc* del plan de 2003 y por tanto, la inexistencia de acto administrativo presunto aplicativo del plan 2003 (licencias).

Las licencias, al ser actos administrativos firmes dictados en aplicación del Pxom 2003, que ganaron firmeza más de 7 meses antes de que la sentencia anulatoria del plan alcanzase efectos generales, deben ser conservadas". Cita jurisprudencia al respecto.

"Luego es claro que la valoración del ajuste al planeamiento urbanístico vigente se ha de hacer teniendo en cuenta el Pxom de 2003. De otro modo no se estarían dejando a salvo las licencias firmes anteriores, otorgadas en aplicación de la disposición general posteriormente declarada nula. Y esto es así tanto en casos de anulación judicial- como la que afectó al Pxom 2003-, como en caso de derogación de disposiciones generales".

Asimismo, considera vulnerada la doctrina del Tribunal Constitucional sobre conservación de los actos administrativos firmes (licencia) anteriores a la anulación de un plan general u otra disposición de carácter general (*SSTC 365/2006 , 40/2014 , 161/2012 , 140/2016 , 180/2000 , 45/1989*).

Por último considera vulnerados los principios de buena fe y de confianza legítima ya que en el expediente, tras la anulación en 2011 del PXOM de 2003, hay informes que sostienen que a los efectos del silencio positivo la ordenación que debía tenerse presente respecto de las licencia solicitadas a su amparo era dicho plan de 2003, vigente a la fecha de su solicitud y no el de 1986 que recuperó vigencia con su anulación.

CUARTO. El escrito de oposición.

Sus argumentos pueden resumirse en estos términos:

A).- Considera que la ley es clara al determinar que no pueden entenderse concedidas por silencio aquellas licencias que sean contrarias al planeamiento o la legislación aplicable, como sucede en el caso que nos ocupa ya que las licencias pretendidas no cumplían ni con el plan de 2003, ni con el de 1986, a la vista de los informes sobre el proyecto presentado por el recurrente emitidos por los técnicos municipales que obran en el expediente.

B).- "La segunda cuestión a analizar íntimamente relacionada con la anterior, es, si una solicitud de licencia formulada al amparo del PXOM '03 (posteriormente resultó anulado por sentencia firme), puede ser obtenida por silencio sobre la base de un Plan que poco después es anulado. Pues la respuesta es igualmente no".

Cita, a continuación, jurisprudencia sobre la imposibilidad de obtener por silencio licencias contrarias al planeamiento y, por último, reproduce extensamente la sentencia del Juzgado y la de la Sala territorial que la confirma.

QUINTO. La cuestión que presenta interés casacional objetivo.

A).- Las cuestiones que nos plantea el auto de admisión se refieren a la eventual adquisición por silencio positivo de una licencia de obra solicitada cuando estaba vigente un planeamiento que es jurisdiccionalmente anulado en el curso de la tramitación de aquélla y antes de obtenerse respuesta expresa de la Administración, y además, si aquella declaración de nulidad del plan comunica sus efectos a los actos firmes anteriores a esa anulación en el caso de que pudieran entenderse producidos por silencio positivo. O dicho de otra forma, se trata de analizar las repercusiones que tiene la anulación jurisdiccional posterior de un planeamiento conforme al cual se solicitó una licencia en los casos de respuesta tardía por parte de la Administración y, en definitiva, si esta anulación jurisdiccional posterior impide absolutamente -como ha entendido la sentencia recurrida- que pueda entenderse obtenida la licencia por silencio positivo.

El mejor entendimiento de la cuestión que en abstracto hemos enunciado requiere que descendamos al caso concreto al que tales cuestiones se refieren, reflejando algunos antecedentes que nos permitan centrar debidamente el asunto al que debemos dar respuesta.

En el caso de autos se trata de una licencia de obra para un proyecto básico y otro de ejecución para cinco viviendas unifamiliares adosadas en la CALLE000 NUM000 de Ourense, que se presentaron, el proyecto básico, con fecha 28 de junio de 2006, y el proyecto de ejecución, el 15 de enero de 2010, acordándose la acumulación de ambos expedientes con fecha 21 de junio de 2010.

Cuando se presentan ambos proyectos se encontraba vigente el Plan General de Ordenación Municipal de Ourense de 2003 (PGOM 2003), pero antes de que se resolviera expresamente la solicitud de licencia, este plan fue anulado por *sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 2011, rec. 3037/2008* (DOGA de 28 de julio de 2011 y BOP Ourense de 9 de agosto de 2011), recuperando vigencia tras ello el planeamiento anterior, PGOM de 1986. La razón de esta anulación jurisdiccional fue no haberse recabado en su procedimiento de elaboración el informe requerido por el *art. 44.3 de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones*.

Tras solicitar el recurrente que la licencia se entendiera concedida por silencio positivo, se dicta resolución expresa con fecha 2 de mayo de 2013, en la que (i) se rechaza que se haya obtenido por silencio positivo en aplicación del PGOM de 2003, porque, aunque no se cuestiona que haya transcurrido el plazo máximo para resolver, los proyectos no se ajustan al citado planeamiento según se refleja en los informes técnicos emitidos; (ii) y asimismo, se deniega la licencia en aplicación del PGOM de 1986, que habría recuperado vigencia tras la anulación del PGOM 2003, porque los proyectos tampoco se ajustan al mismo según reflejarían también los informes técnicos emitidos.

La sentencia recurrida -que mantiene en esto la misma posición que la previamente dictada por el Juzgado- rechaza, asimismo, que se hubiera adquirido la licencia por silencio positivo antes de la anulación del planeamiento de 2003, que era la pretensión sustancial del recurrente. En su razonamiento la Sala territorial parte de que la licencia se solicitó al amparo del PGOM de 2003, y argumenta que para que su obtención por silencio positivo se hubiera producido, hubiera sido necesario, no sólo el transcurso del plazo máximo para resolver, sino que la licencia pretendida fuera conforme con el planeamiento ya que no es posible adquirir por silencio positivo licencias contrarias al mismo (*art. 8.1.b/ TRLS 2008, norma estatal básica, y en el mismo sentido, la norma autonómica Ley 9/2002* , art. 195.1), y este segundo requisito es el que faltaría en este caso porque al anularse el planeamiento a cuyo amparo se solicitó la licencia, PGOM 2003, dados los efectos *ex tunc* de dicha anulación, "sería una licencia contra *legem* porque su amparo era un plan general nulo". Y concluye la sentencia su razonamiento indicando que esta nulidad del plan a cuyo amparo se solicitó la licencia "determina que el planeamiento aplicable a la fecha de la solicitud sea el plan anterior", esto es, el PGOM 1986, sin que el recurrente haya acreditado su conformidad con el mismo.

B).- Avanzamos ya que este planteamiento no puede ser compartido porque no tiene en cuenta el alcance de la configuración del silencio positivo en la *Ley 30/1992, tras su reforma por la Ley 4/1999 (aquí aplicable *ratione temporis*)*, como un verdadero acto administrativo ---<<la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento>>, art. 43.2 --- que impone que la primera cuestión que deba examinarse sea si tal acto administrativo se produjo efectivamente por silencio positivo antes de la anulación jurisdiccional del planeamiento, y sólo después podremos analizar cuáles son las consecuencias que sobre el mismo, en el caso de que se hubiera producido tal acto administrativo por silencio positivo, tiene la posterior declaración de nulidad del planeamiento conforme al cual se solicitó la licencia, sin que pueda invertirse el orden en el que tales premisas deben ser abordadas.

La configuración del silencio positivo como verdadero acto administrativo tras la reforma llevada a cabo en la Ley 30/1992, por la Ley 4/1999, ha sido declarada por la jurisprudencia de esta Sala. La *sentencia de esta misma Sala y Sección de 27 de abril de 2007, rec. 10133/2003* , (con cita de otras anteriores) analiza la adquisición de derechos por silencio positivo de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, partiendo de la configuración del silencio positivo como un verdadero acto administrativo estimatorio, y rechazando, por ello, la posibilidad de resoluciones expresas tardías en sentido denegatorio cuando el silencio positivo ya se ha producido (*art. 43.3.a/*), *destacando la necesidad de acudir al procedimiento de revisión de oficio previsto en la misma Ley* si se entiende que el acto adquirido por silencio es contrario a Derecho.

Conviene reproducir el razonamiento medular de aquella *Sentencia de 27 de abril de 2007* :

"En la legislación vigente sobre procedimiento administrativo, el silencio positivo da lugar a un verdadero acto administrativo estimatorio. Así se resalta en la Exposición de Motivos de la propia Ley 4/1999, donde leemos que "el silencio administrativo positivo producirá un verdadero acto administrativo eficaz que la Administración Pública sólo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos por la Ley", y así lo hemos dicho en *SSTS de 28 de diciembre de 2005 (RC 9717/2003)* y *27 de enero de 2006 (RC 66/2004)* (...).

No obstante, aun partiendo de esta caracterización del silencio positivo como auténtico acto administrativo, la misma Ley ha querido poner remedio a las consecuencias potencialmente lesivas para el principio de legalidad a que conduce esta caracterización jurídica del silencio, y por eso su artículo 62.1. f) establece que los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho cuando se trate de "actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición".

Ahora bien, este precepto que acabamos de transcribir no puede ser interpretado y aplicado prescindiendo de lo dispuesto por el *artículo 43.4.a) de la misma Ley, reformado por la Ley 4/1999* , donde se establece que "en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo". Esta específica previsión legal, coherente con la naturaleza del silencio positivo como acto administrativo declarativo de derechos, implica que si la Administración considera que el acto administrativo así adquirido es nulo, por aplicación del propio artículo 62.1. f) (esto es, por carecer el adquirente del derecho de los requisitos esenciales para su adquisición), no podrá dictar una resolución expresa tardía denegatoria del derecho, posibilidad vedada por el *artículo 43.4. a)*, sino que *habrá de acudir al procedimiento de revisión de oficio contemplado en el art. 102.1, de la tan citada Ley 30/1992* . La interpretación contraria, es decir, la consistente en que el acto adquirido por silencio positivo puede ser directamente desplazado por un acto expreso posterior en los casos del *artículo 62.1. f)*, es no solo contraria a la naturaleza del silencio positivo plasmada en la misma Ley , sino también a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima que la propia Ley también recoge, sin olvidar que siempre queda en manos de la Administración evitar los efectos distorsionadores de la adquisición de derechos cuando no se cumplen las condiciones para ello, mediante el simple expediente de resolver los procedimientos en plazo."

La doctrina contenida en esta *sentencia ha sido recordada en muchas otras posteriores (como la de 26 de octubre de 2015, rec. 1455/2013 , o las de 19 de abril y 19 de julio de 2016 , dictadas respectivamente en los recursos 1877/2015 y 2273/2015 , por citar sólo algunas).*

Por lo tanto, la consideración del silencio positivo como un verdadero acto administrativo estimatorio obligaba en el caso de autos a analizar, en primer término, si tal silencio positivo se había producido antes de la declaración de nulidad del planeamiento conforme al cual se había formulado la solicitud de licencia, dejando para un segundo paso los efectos que, al amparo del *art. 73 LJCA* , pudiera tener sobre ese acto administrativo ya producido aquella anulación posterior en el tiempo.

C).- Ciertamente, en relación con las licencias urbanísticas constituye jurisprudencia consolidada de esta Sala la que declara la imposibilidad de obtener por silencio licencias contra *legem* , no siendo suficiente para su obtención el mero transcurso del plazo para resolver previsto en la norma.

Esta doctrina jurisprudencial se expresa en la *Sentencia de 28 de enero de 2009* , dictada en un recurso de casación en interés de ley (recurso 45/2007), y se reitera en otras muchas posteriores (como las de 25 de marzo de 2011, rec. 745/2007; 29 de septiembre de 2013, rec. 3593/20011; o la de 6 de febrero de 2017, rec. 1741/2014, entre otras).

La indicada *Sentencia de 28 de enero de 2009* , examinó la incidencia que la nueva regulación del silencio administrativo, introducida en el *art. 43 de la Ley 30/1992* , por la Ley 4/1999, tuvo sobre la jurisprudencia tradicional de esta Sala sobre la adquisición de las licencias urbanísticas por silencio y declaró como doctrina legal la continuidad de aquella doctrina jurisprudencial en los siguientes términos:

"...el *artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana* , aprobado por *Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el artículo 8.1 b)* , último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el *artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* , modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística."

En el mismo sentido se pronuncia también la norma autonómica, Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, *art. 195.1*, y *Decreto 28/1999, de 21 de enero* , por el que se aprueba el Reglamento de disciplina urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley del suelo de Galicia, *art. 16.2*.

D).- Por lo tanto, volviendo al caso de autos, para poder concluir si la licencia de obra pretendida se había adquirido por silencio positivo antes de la anulación en 2011 del planeamiento conforme al cual había sido solicitada, PGOM de 2003, como postulaba el actor en la instancia -y mantiene en casación-, era necesario examinar, en primer término, si antes de que se produjera aquella anulación, o más precisamente, si antes de que dicha anulación alcanzara efectos generales (*art. 72 LJCA*), había transcurrido el plazo máximo para resolver; y constatado este extremo, y en segundo lugar, si los proyectos presentados para la obtención de la licencia eran o no conformes con el planeamiento entonces vigente ya que todavía no se habría producido su anulación. Y sólo después, en un tercer paso, constatado o descartado que la licencia se hubiera adquirido por silencio positivo, deberían analizarse los efectos que sobre la conclusión alcanzada a resultas de los dos pasos anteriores, tendría la anulación posterior del PGOM de 2003, por la *sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 2011* , efectos que, como norma jurídica que es (*SSTS de 16 de abril de 2012, rec. 5665/2008, FJ 2* ; o *de 11 de abril de 2011, rec. 2088/2007* , FJ 5, entre otras muchas), son los previstos en el *art. 73 LJCA* , conforme al cual, "[L]as sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que

la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente".

La Sala territorial en la sentencia recurrida -y el Juzgado en la que aquélla confirma- ha invertido el orden de los pasos anteriores, comenzando por el último de ellos, el relativo al alcance de la nulidad del plan, y con esta forma de proceder ha dejado de indagar si el silencio administrativo positivo efectivamente se produjo antes de aquella anulación conforme al planeamiento entonces vigente, sin tener en cuenta la configuración del silencio positivo como un verdadero acto administrativo cuya efectiva producción (o no) antes de la anulación del plan era determinante de los efectos de ésta dados los términos en los que se pronuncia el *art. 73 LJCA* que impone como límite a los efectos *ex tunc* característicos de la nulidad absoluta propia de las normas jurídicas, como son los planes urbanísticos, el respeto a las situaciones anteriores consolidadas por su firmeza, como serían los actos administrativos firmes anteriores a la declaración de nulidad que hubieran aplicado la norma declarada nula.

Es conocida la doctrina de esta Sala sobre el alcance de este precepto, el *art. 73 LJCA*, y la necesidad de respetar los actos firmes como límite a los efectos *ex tunc* propios de la nulidad de pleno derecho que en ella se regula. Más en concreto sobre la pretendida nulidad de las licencias urbanísticas derivada de la nulidad del planeamiento del que dimanar existe una prolongada jurisprudencia que se refleja con detalle en la *sentencia de esta misma Sección de 17 de junio de 2009, rec. 5491/2007*, FJ 5, en la que expresamos lo siguiente:

"Como síntesis de una prolongada línea jurisprudencial, en la *STS de 4 de enero de 2008* hemos expuesto que "*Ciertamente, esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, interpretando antes lo establecido en los artículos 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y 86.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, y ahora lo dispuesto en los artículos 102 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, y 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, ha declarado que por razones de seguridad jurídica se atempera el principio de eficacia erga omnes de las sentencias anulatorias de las disposiciones de carácter general respecto de los actos administrativos que hubiesen adquirido firmeza con anterioridad a que la sentencia anulatoria de aquellas disposiciones alcanzase efectos generales (Sentencias, entre otras, de fechas 26 de febrero de 1996, 28 de enero y 23 de noviembre de 1999, 24 y 26 de julio de 2001 y 14 de julio de 2004, y concretamente se ha declarado que la anulación de los instrumentos de planeamiento deja a salvo las licencias firmes (Sentencia de fecha 8 de julio de 1992)*".

(En este mismo sentido *SSTS de 10 de diciembre de 1992, 30 de marzo de 1993, 26 de abril de 1996, 19 de mayo y 23 de diciembre de 1999, 31 de enero, 3 de febrero, 19 de junio y 30 de octubre 2000, 30 de septiembre de 2002, 22 de diciembre de 2003 ó 14 de noviembre de 2004*).

Así, en esta última *STS de 14 de noviembre de 2006* señalamos que "en el caso de disposiciones generales, el control judicial de las mismas (*art. 1 LJCA*), permite su impugnación directa e indirecta por los interesados (*arts. 25 y 26 LJCA*) ante los Tribunales y acceder con ello de manera inmediata a un pronunciamiento sobre su legalidad y el restablecimiento de la situación jurídica individualizada, incluida la indemnización de los daños y perjuicios causados, según resulta del *art. 31 de la citada Ley Jurisdiccional* . Los efectos de dicho control judicial son distintos según se

trate de la impugnación directa o indirecta, pues en este caso la declaración de nulidad se proyecta sobre el acto de aplicación y en nada afecta a otros actos fundados en la misma norma que no hayan sido impugnados y, tratándose de la impugnación directa, si bien la declaración de nulidad de la disposición general tiene efectos erga omnes, ello no alcanza a los actos firmes y consentidos dictados a su amparo (*art. 102.4 Ley 30/92 y 73 LJCA*), de manera que el administrado afectado tiene el deber jurídico de soportar las consecuencias derivadas de tal actuación administrativa que no resulta revisable ni afectada por aquella apreciación de ilegalidad de la norma que le sirve de amparo".

Por su parte en la de *STS de 30 de septiembre de 2002* expusimos que "La cuestión planteada en el presente recurso de casación,... ha sido ya resuelta en diversas ocasiones por *esta Sala, de la que son ejemplo las sentencias de 10 de diciembre de 1992 y 30 de marzo de 1993, así como la de 30 de octubre de 2000*, esta última dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, por lo que obligado resulta, en aplicación del principio de unidad de doctrina, mantener el mismo criterio. En dicha resolución se sostiene lo siguiente: "por una parte, el que según se desprende de la exégesis del *artículo 86.2, de la Ley Jurisdiccional*, mientras que las sentencias que en estimación de una pretensión de anulación anularen una disposición general producen efectos "erga omnes", quedando la misma sin efecto para todos, las que en estimación de una pretensión de plena jurisdicción anularen un acto por ser nula la disposición en que se fundaba, sólo los producen en cuanto a los que hubieren sido partes en el pleito respecto a esa pretensión, sin que supongan en modo alguno un reconocimiento de la situación jurídica de quienes no dedujeron la misma; y por otra parte, el que aunque en puridad de doctrina la declaración de nulidad en una disposición general, por ser de pleno derecho, produzca efectos "ex tunc" y no "ex nunc" es decir, que los mismos no se producen a partir de la declaración, sino que se retrotraen al momento mismo en que se dictó la disposición declarada nula, esta eficacia, por razones de seguridad jurídica y en garantía de las relaciones establecidas, se encuentra atemperada por el *artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo*, en el que con indudable aplicabilidad tanto a los supuestos de recurso administrativo como a los casos de recurso jurisdiccional se dispone la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general declarada nula, equiparando la anulación a la derogación, en que los efectos son "ex nunc" y no "ex tunc", si bien sólo respecto de los actos firmes permaneciendo en cuanto a los no firmes la posibilidad de impugnarlos en función del Ordenamiento jurídico aplicable una vez declarada nula la disposición general".

Y, en fin, en la *STS de 31 de enero de 2000* habíamos señalado que "Distinta suerte, en cambio, debe merecer el segundo motivo de casación, formulado también, prescindiendo de adherencias innecesarias, de infracción de la jurisprudencia, representada en esta ocasión por las *sentencias de este Tribunal de 10 de diciembre de 1992 y 30 de marzo de 1993*, en aplicación del *artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo*, "en cuanto a la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de norma declarada nula", en este caso el Plan General de Ordenación Urbana de Sevilla. Decimos que procede la estimación del motivo, ya que esta Sala en las citadas sentencias referidas al Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, pero aplicables también al presente supuesto, dada su identidad sustancial, ha declarado, tomando en consideración el *artículo 86.2 de la Ley Jurisdiccional* "que aunque en puridad de doctrina la declaración de nulidad de una disposición general, por ser de pleno derecho conforme a lo dispuesto en los *artículos 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 28 y anteriores de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado*, produzca efectos "ex tunc" y no "ex nunc", es decir, que

los mismos no se producen a partir de la declaración, sino que se retrotraen al momento mismo en que se dictó la disposición declarada nula, esta eficacia, por razones de seguridad jurídica y en garantía de las relaciones establecidas, se encuentra atemperada por el *artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo*, en el que con indudable aplicabilidad tanto a los supuestos de recursos administrativos como en los casos de recurso jurisdiccional, se dispone la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general declarada nula, equiparando la anulación a la derogación, en que los efectos son "ex nunc" y no "ex tunc", si bien sólo respecto de los actos firmes, permaneciendo en cuanto a los no firmes la posibilidad de impugnarlos en función del ordenamiento jurídico aplicable una vez declarada nula la disposición general. (...)"

En suma, la declaración de nulidad del PGOM 2003, llevada a cabo por la *Sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 2011*, debía respetar los actos firmes anteriores amparados en el planeamiento anulado, y ello, en el supuesto de autos exigía que previamente se hubiera analizado si tal acto administrativo firme anterior existía por haberse producido por silencio positivo, pues si ello fuera así, esto es, si la estimación de la licencia por silencio positivo se hubiera producido antes de la declaración de nulidad de la norma que la amparaba, dada su firmeza por no haber sido impugnado, la posterior declaración de nulidad del plan y sus efectos *ex tunc* tendría como límite los actos firmes anteriores a tal declaración de nulidad (*art. 73 LJCA*), también los producidos por silencio positivo ya que, en otro caso, no se respetaría su consideración "a todos los efectos" como "acto administrativo finalizador del procedimiento" (*art. 43.2 Ley 30/1992*, en la redacción dada por la Ley 4/1999) que impediría que se dictara después resolución contraria al sentido del silencio (*art. 43.3.a/ Ley 30/1992*).

No ha sido éste el proceder de la Sala territorial -ni el del Juzgado en la sentencia que dicha Sala confirma- por lo que el recurso de casación debe prosperar.

SEXTO. La interpretación que fija esta sentencia.

Concluyendo, a las preguntas que nos formulaba el auto de admisión sobre las cuestiones en las que apreció interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia debemos responder que:

1ª.- El vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado por la Administración competente resolución expresa sobre la solicitud de una licencia de obra amparada en un Plan General de Ordenación Municipal, vigente al transcurso de dicho plazo, pero que es anulado poco después por sentencia judicial firme, legítima al interesado para entenderla estimada por silencio administrativo siempre que la licencia fuera conforme con dicho planeamiento posteriormente anulado.

2ª.- La declaración de nulidad de un plan general de ordenación municipal no comunica sus efectos a los actos dictados en su aplicación que sean anteriores a que la anulación de dicha norma general produzca efectos generales y hayan ganado firmeza, también en los casos en los que estos actos se hayan producido por silencio positivo.

SÉPTIMO. Aplicación de los anteriores razonamientos a la sentencia recurrida.

Corolario de cuanto acabamos de exponer es la estimación del recurso de

casación ya que la sentencia recurrida no se ajusta a la doctrina que acabamos de reflejar, debiendo, por ello, ser anulada.

Ahora bien, en el esquema argumental seguido por dicha sentencia -que no hemos compartido en nuestros anteriores razonamientos- resultaba innecesario o irrelevante analizar -y así se dice en la sentencia recurrida- si, efectivamente, había transcurrido el plazo para resolver antes de que se anulara el PGOM de 2003 por *nuestra sentencia de 9 de marzo de 2011*, o más precisamente, antes de que esta anulación alcanzara efectos generales, así como si la licencia pretendida se ajustaba o no a dicho plan posteriormente anulado. Ambas cuestiones son, por ello, omitidas en la sentencia de instancia, al igual que lo fue en la del Juzgado que mantenía el mismo discurso.

Resulta, empero, que las dos requieren el análisis de extremos eminentemente fácticos y de valoración probatoria (v.gr.: la fecha en la que debe entenderse presentada la documentación completa por el solicitante de la licencia, como día inicial del plazo para resolver, o el ajuste de la licencia a las determinaciones del planeamiento posteriormente anulado, etc.) sobre las que existe discrepancia entre las partes, habiéndose producido en la instancia un abundante material probatorio cuya apreciación y valoración sólo corresponden al juzgador de instancia, pues exceden del ámbito propio del recurso de casación en el que nos encontramos del que se encuentran excluidas las cuestiones de hecho (*art. 87.bis.1 LJCA*).

Por ello, en línea con la pretensión subsidiaria planteada en el suplico del escrito de interposición, debemos acordar la devolución de los autos a la Sala de Galicia para que dicte nueva sentencia que se ajuste a cuanto hemos expuesto.

OCTAVO. Pronunciamiento sobre costas.

No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, de manera que, como determina el *art. 93.4 LJCA*, cada parte abonara las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

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

Primero. Fijar como criterio interpretativo aplicable a la cuestión que precisó el auto de admisión el reflejado en el Fundamento de Derecho Sexto de esta sentencia.

Segundo. Haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Higinio contra la *sentencia de 22 de marzo de 2019, dictada en el recurso de apelación núm. 4435/2017, por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia*, sentencia que, en consecuencia, se casa y anula, con devolución de los autos a dicha Sala para que dicte nueva sentencia que se acomode a cuanto en ésta hemos declarado.

Tercero. Sin imposición de las costas causadas en este recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.

Rafael Fernández Valverde Octavio Juan Herrero Pina

Wenceslao Francisco Olea Godoy Francisco Javier Borrego Borrego

Ángeles Huet De Sande

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excma. Sra. D^a Ángeles Huet de Sande, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de lo que como Letrada de la Administración de Justicia certifico.