



Roj: **STS 1814/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1814**

Id Cendoj: **28079130042019100183**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **03/06/2019**

Nº de Recurso: **224/2016**

Nº de Resolución: **743/2019**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 6769/2016,**
ATS 1948/2017,
STS 1814/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 743/2019

Fecha de sentencia: 03/06/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 224/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/05/2019

Voto Particular

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

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

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 224/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 743/2019

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Perez, presidente



D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

D. Jose Luis Requero Ibañez

En Madrid, a 3 de junio de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA-224/2016, interpuesto por el procurador don Jorge Deleito García en nombre y representación de Ovisa Pavimentos y Obras, S.L.U. bajo la dirección letrada de don José Manuel Gómez Corredera contra la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2016 de la sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo promovido contra la desestimación presunta por la Consellería de Medio Ambiente Territorio e Infraestructuras de la reclamación de pago por la revisión de precios, e intereses de demora en relación con el contrato "Reforzo, señalización e barreiras nº PO-553, Lalín-Alto do Faro".

Ha sido parte recurrida la Junta de Galicia representada por el procurador de los tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento contencioso-administrativo número 4342/2015, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia el 22 de septiembre de 2016, cuyo fallo dice literalmente:

"Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Ovisa Pavimentos y Obras, S.L.U." contra la Consellería de Medio Ambiente Territorio e Infraestructuras y declaramos contraria a derecho la desestimación de la reclamación de la actora, referida en el primer fundamento de esta sentencia, y condenamos a dicha Administración al pago a la recurrente de la cantidad de 172.956,64 euros en concepto de revisión de precios, así como al de los intereses de demora de dicha cantidad, que habrán de determinarse en ejecución de esta sentencia de acuerdo con lo señalado en su cuarto fundamento. Se imponen las costas del recurso a la Administración demandada en los términos indicados."

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de Ovisa Pavimentos y Obras, S.L.U. recurso de casación, que la Sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia tuvo por preparado mediante Auto de 17 de noviembre de 2016 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 22 de febrero de 2017, cuya parte dispositiva dice literalmente:

"Primero.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de la entidad mercantil OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L.U. contra la sentencia núm. 540/2016, de 22 de septiembre, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sección Segunda) en el procedimiento ordinario núm. 4342/2015.

Segundo.- Precisar que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la atinente al sentido y alcance de la remisión que efectúa el artículo 200.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (actual artículo 216.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), a la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales, concretamente si, en el ámbito de la contratación pública, el tipo de interés que debe abonar la Administración en los casos de demora en el pago al contratista es, indefectiblemente, el establecido en el artículo 7.2 de la citada Ley 3/2004 o, por el contrario, el pactado libremente entre las partes en el contrato.

Tercero.- Identificar como normas jurídicas que en principio, serán objeto de interpretación el artículo 200.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (actual artículo 216.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) y el artículo 7, apartados 1 y 2, de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Cuarto.- Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto.- Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto.- Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto."

CUARTO.- Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 6 de marzo de 2017, se concede a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó el procurador don Jorge Deleito García, en representación de Ovisa Pavimentos y Obras, S.L.U. por escrito de fecha 24 de abril de 2017, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: "[...] se dicte sentencia por la que con estimación del recurso interpuesto, acuerde anular parcialmente la sentencia recurrida en lo relativo al pronunciamiento sobre la condena a la Administración al pago de los intereses de demora calculados conforme al tipo pactado, y sustituyendo dicho pronunciamiento por la condena al pago de esos intereses de demora pero calculados al tipo previsto en el artículo 7.2 de la Ley de Morosidad 3/2004 ."

QUINTO.- Por providencia de 17 de mayo de 2017. Se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida a fin de que, en el plazo de treinta días, pueda oponerse al recurso, lo que efectuó la representación procesal de la Xunta de Galicia por escrito de fecha 3 de julio de 2017, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: "[...] que recaiga Sentencia, en la que, previa fijación de la interpretación de las normas sobre las que se refiere el auto de admisión, en los términos antedichos, confirme en su integridad la sentencia de adverso recurrida."

SEXTO.- De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , por providencia de 21 de marzo de 2019 se señala este recurso para votación y fallo el día 28 de mayo de 2019, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Planteamiento del litigio. Razonamientos de la sentencia de instancia dictada por el TSJ de Galicia.*

La representación procesal de Ovisa Pavimentos y Obras, S.L.U., interpone recurso de casación contra la sentencia de 22 de septiembre de 2017 dictada por el TSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda en el procedimiento ordinario 4342/2015 que acordó:

"Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Ovisa Pavimentos y Obras, S.L.U." contra la Consellería de Medio Ambiente Territorio e Infraestructuras y declaramos contraria a derecho la desestimación de la reclamación de la actora, referida en el primer fundamento de esta sentencia, y condenamos a dicha Administración al pago a la recurrente de la cantidad de 172.956,64 euros en concepto de revisión de precios, así como al de los intereses de demora de dicha cantidad, que habrán de determinarse en ejecución de esta sentencia de acuerdo con lo señalado en su cuarto fundamento. Se imponen las costas del recurso a la Administración demandada en los términos indicados."

La sentencia de instancia (completa en cendoj Roj: STS GAL 6769/2016 - ECLI:ES:TSJGAL:2016:6769) en su PRIMER fundamento identifica el acto impugnado, mientras en el SEGUNDO consigna la pretensión actora.

En el TERCERO refleja que la administración no discute la procedencia de la revisión de precios ni de intereses de demora, si bien discrepa de la fecha inicial y en cuanto al tipo objeto debe atenderse a lo establecido en el contrato.

En el CUARTO declara que en lo que se refiere al día a tener en cuenta como inicial para el cómputo de los intereses de demora, no se pueda aceptar lo que alega la Administración sobre la conformidad de la actora con el contenido de unas certificaciones que no comprendían la revisión de precios, puesto que ello sería contrario al carácter de las certificaciones como pagos a cuenta supeditados a la liquidación final de la obra, reiteradamente declarado por la Jurisprudencia. Por la misma razón no cabe acoger que la revisión de precios haya de realizarse de acuerdo con los índices provisionales publicados cuando tenía que haber sido abonada la correspondiente certificación. Sí ha de darse la razón a la demandada en lo que refiere a la tasa por dirección de obra, ya que está establecida en el apartado 03 del Anexo III de la Ley 6/2003 en los siguientes términos: "*Dirección e inspección de obras realizadas mediante contrato, incluidas las adquisiciones o suministros especificados en los proyectos y las correspondientes revisiones de precios a cargo de la administración para la gestión y ejecución de dichas actividades, cualquiera que fuese la forma de adjudicación del contrato. La base de la tasa será el presupuesto de ejecución material, con la inclusión, en su caso, de las revisiones de precios y de las adquisiciones y suministros específicos en los proyectos y según las certificaciones expedidas por el servicio. El tipo será del 4%*". Por las razones expuestas las pretensiones de la demanda tienen



que ser estimadas de forma parcial, y la Administración ha de ser condenada a que abone a la actora la suma de 172.956,64 euros en concepto de revisión de precios, así como los intereses de demora de dicha cantidad, que habrán de determinarse en ejecución de sentencia teniendo en cuenta el tipo pactado en el contrato, la fecha de abono de las certificaciones y la tasa por dirección de obra, sin que proceda el anatocismo al no concurrir el requisito de la liquidez de los intereses.

SEGUNDO.- *La identificación del interés casacional.*

El auto de 22 de febrero de 2017, dictado por la Sección Primera de esta Sala delimitó el interés casacional en el siguiente sentido: "Precisar que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la atinente al sentido y alcance de la remisión que efectúa el artículo 200.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (actual artículo 216.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), a la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales, concretamente si, en el ámbito de la contratación pública, el tipo de interés que debe abonar la Administración en los casos de demora en el pago al contratista es, indefectiblemente, el establecido en el artículo 7.2 de la citada Ley 3/2004 o, por el contrario, el pactado libremente entre las partes en el contrato."

TERCERO.- *Las alegaciones de la parte recurrente sobre el citado interés casacional.*

Aduce que la sentencia ha obviado que la fuente normativa aplicable para la determinación de los intereses de demora devengados a favor del contratista por los retrasos en el pago del precio de la obra por parte de la Administración deudora es exclusiva y preceptivamente la Ley y no el contrato, que de contradecir la Ley debe entenderse nulo.

Todo ello, en interpretación de la remisión que a la Ley 3/2004 efectúa la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP),-temporalmente aplicable al contrato que nos ocupa-, en su artículo 200.4 .

Sostiene que el fallo de la sentencia, al negar el carácter imperativo del tipo de interés del artículo 7.2 de la Ley de Morosidad , y al disponer que el cálculo de los intereses de demora a que tiene derecho habrá de determinarse "*teniendo en cuenta el tipo pactado en el contrato*", vulnera, por su falta de aplicación, el artículo 7.2 y vulnera, por su indebida aplicación, el artículo 7.1, ambos de la Ley de Morosidad .

Arguye que la Directiva 2000/35/CE no sólo no consagra ningún principio de libertad de pacto que derogue el régimen tradicional de imperatividad del tipo de interés de demora en los contratos administrativos sino que además prohíbe el abuso de la libertad de contratar en perjuicio del acreedor, considerando abusivos los acuerdos que sirvan principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor. (Cfr. Artículo 3.3).

El artículo 7.1 de la Ley de Morosidad no es aplicable a los contratos administrativos, ni consagra en esta materia, por vía indirecta, ningún principio de libertad de pactos.

A su entender la aplicación de todos los criterios de interpretación del Código Civil conducen a la conclusión de que en modo alguno puede entenderse que la remisión que al interés de demora de la Ley 3/2004 realiza la redacción del artículo 200.4 de la LCSP , puede entenderse como introducción *ex novo* en la normativa de contratos públicos de un principio de libertad de pactos en el interés de demora.

Cita resoluciones judiciales del TSJ, que señalan de manera uniforme que la remisión que la legislación de contratos públicos (en concreto, el artículo 99.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cuya redacción es idéntica a la del artículo 200.4 de la Ley 30/2007) realiza a "*los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*" lo es al tipo legal previsto en dicha Ley que es el establecido en su artículo 7.2 y no por tanto de forma genérica al artículo 7 de la Ley 3/2004 cuyo número primero permite la libertad de pacto sobre el interés que debe de pagar el deudor en caso de demora, precepto que no es aplicable a la contratación administrativa sino tan solo a las operaciones comerciales entre particulares a que se refiere a la mencionada Ley .

Solicita se declare que el tipo de interés previsto en el artículo 7.2 es, para el caso del precio de los contratos debidos por la Administración al contratista, de carácter preceptivo, sin que sea válido pacto en contrario que reduzca el mencionado tipo de interés.

De conformidad con ello, debe declararse la nulidad del tipo pactado en el pliego, que se opone al tipo de la Ley, y en consecuencia de todo lo expuesto.

CUARTO.- *La posición de la Xunta de Galicia.*



Principia poniendo de manifiesto un dato esencial, a su juicio, como es la fecha de la licitación que dio lugar, posteriormente, al litigio resuelto por la sentencia de contrario recurrida. Indica que, la fecha de adjudicación del contrato es la de 2 de diciembre de 2009.

Reputa este dato esencial, puesto que la prohibición de pacto de intereses para la Administración, fue incorporada a la Ley 3/2004 por la disposición final 6 de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, quedando redactado el artículo 9.1 in fine de la misma del siguiente modo (en relación a las cláusulas abusivas):

(...) Esta posible modificación del interés de demora, de acuerdo con lo previsto en esta Ley, no será de aplicación a las operaciones comerciales realizadas con la Administración.

Recuerda que

a) En cuanto a la Directiva 2000/35/CE, lo primero que debe ser puesto de manifiesto es que esta no prohíbe, en ningún caso, a las Administraciones Públicas pactar el tipo de interés de demora, lo que nos debe llevar a considerar, que, si nada se dice al respecto, ninguna limitación hay a tal posibilidad.

b) En consonancia con lo anterior, defiende que en la transposición que de la misma se hizo al ordenamiento español, no fue voluntad inicial del legislador, tampoco, el establecer tal límite.

Subraya que cuando el artículo 200.4 LCSP se remite a los intereses de demora no lo hace con ninguna excepción, por lo que habremos de estar a las posibilidades que la Ley 3/2004 contempla.

Si tal pacto no fuese legalmente admisible, o bien la propia LCSP lo hubiese recogido directamente, o no hubiese hecho tal remisión, en blanco, a la Ley 3/2004, sino que lo haría, directamente, al apartado 2 cuya aplicación en exclusiva propugna la contraria.

Señala que si se acude a la Ley 3/2004, en la versión vigente a la fecha de los hechos litigiosos, puede observarse cómo prima un principio de libertad de pactos, no vedado a la Administración.

c) Visto que en el presente caso sí había tal pacto, este es el que debe operar, sin que sea admisible la discrepancia que muestra posteriormente el contratista, quien no atacó los pliegos en ningún momento, alegando el carácter abusivo de alguna cláusula mediante el sistema de recursos legalmente establecido.

d) Es más, la propia Directiva 2000/35/CE define las operaciones comerciales en su artículo 1 como:

"Las realizadas entre las empresas o entre empresas y poderes públicos que dan lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación".

En consonancia con ello, por tanto, no se puede entender que no pudiese haber, en la fecha de aprobación de los pliegos, una libertad de pacto sobre esta materia cuando nos hallamos ante una Administración Pública, extremo que la recurrente niega.

e) Como corolario de todo lo anterior, invoca la interpretación auténtica, realiza por el legislador, que en la exposición de motivos de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, recuerda:

"La Disposición final sexta introduce una modificación del último párrafo del apartado 1 del artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Esta redacción procede de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, y contenía como innovación importante el establecimiento de un parámetro dentro del cual serían válidas las modificaciones del interés legal de demora. De esta forma, se estableció que sería abusivo el interés pactado cuando fuera un 70 por ciento inferior al interés legal de demora.

Esta redacción ha hecho surgir la duda de si las Administraciones Públicas podrían acogerse a estas rebajas del tipo de interés de demora, interpretación que la Comisión Europea rechaza de plano y que es compartida por el Gobierno. Por ello es urgente aclarar que las Administraciones Públicas no pueden modificar el tipo de interés de demora establecido en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre."

QUINTO.- *Hechos acreditados y pronunciamientos de la Sentencia impugnada en casación en relación con la identificación del interés casacional.*

Nada indica la sentencia acerca de la fecha de firma del contrato pero es innegable al afirmarlo la actora en su demanda y aceptarlo la demandada que el contrato se adjudicó el 2 de diciembre de 2009, tal cual reitera la Junta en sede casacional.

SEXTO.- *El art. 7 en sus apartados 1. y 2 de la Ley 3/2004. Las Disposiciones Transitorias. La Exposición de Motivos. La Disposición final primera. La Ley de Contratos del Sector Público. Criterio sentado en la STS de 29*



de octubre de 2018, recurso de casación 3671/2017 , reiterado en STS de 14 de noviembre de 2018 recurso de casación 4753/2017 .

Ya hemos dejado sentado que el contrato firmado en 2009 contenía una cláusula específica relativa al interés de demora pactado.

El antedicho pacto debe entenderse que lo es en el sentido de que fue el ofrecido por la Administración y aceptado por el licitador sin mostrar oposición alguna, ni en el momento de concurrir a la convocatoria del contrato ni al firmarlo.

La posibilidad de pactar un interés de demora está reconocida por el art. 7.1. de la Ley 3/2004 , que incorpora al derecho interno la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000. Lo admite tanto su redacción originaria como la vigente actualizada tras las reformas operadas en la misma, RD Ley 4/2013, 22 de febrero.

La Disposición transitoria única sienta la aplicación del tipo de interés de demora establecido en su art. 7 a los contratos celebrados con posterioridad al 8 de agosto de 2002. Adiciona que la nulidad de las cláusulas pactadas por las causas establecidas en su art. 9, la Ley será aplicable a los contratos celebrados con posterioridad a su entrada en vigor.

Por su parte la Disposición transitoria tercera del RD Ley 4/2013, de 22 de febrero establece que " *quedarán sujetos a las disposiciones de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, con las modificaciones introducidas en esta ley, la ejecución de todos los contratos a partir de un año a contar desde su entrada en vigor, aunque los mismos se hubieran celebrado con anterioridad* ".

El apartado 1 del art 7 no muestra diferencias en ambas redacciones.

El apartado 2 del art. 7 en su nueva redacción incrementa en un punto porcentual el interés a satisfacer.

La Disposición final primera de la Ley 3/2004 procedió a la modificación del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio , entre otros puntos del apartado 4 del artículo 99 que quedó redactado en los siguientes términos: "4. La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el apartado 4 del artículo 110, y, si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de sesenta días, los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales."

El apartado 4 del art. 200 de la Ley de Contratos del Sector Público , 30/2007, de 30 de octubre, modificado por el apartado uno del artículo tercero de la Ley 15/2010, de 5 de julio , de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones decía: "La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el artículo 205.4, y, si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días, los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre , por la que establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Cuando no proceda la expedición de certificación de obra y la fecha de recibo de la factura o solicitud de pago equivalente se preste a duda o sea anterior a la recepción de las mercancías o a la prestación de los servicios, el plazo de treinta días se contará desde dicha fecha de recepción o prestación."

SÉPTIMO.- .Cláusulas abusivas.

El art. 9 de la Ley 3/2004 establece unas presunciones para entender abusiva una cláusula cuya invalidez establece debe ser declarada por el juez bien a petición de la parte interesada o de las entidades a las que reconoce la acción de cesación.

Y esta Sala en sentencia de 9 de octubre de 2015, recurso de casación 2505/2014 ha reputado abusiva una cláusula que imponía al contratista conceder un crédito a la Administración con ocasión de la impugnación de las bases que debían regir la licitación.

Y en sentencia de 14 de mayo de 2014, recurso de casación 1598/2013 también aceptó como abusiva una impugnación de las cláusulas del Pliego en lo relativo a intereses por atribuir una " *dilatada forma de pago*,



la eliminación de intereses en las certificaciones de acopio y la reducción de los tipos de interés" que implica apartarse del artículo 7 de la Ley 3/2004 y 100.4 de la Ley 30/2007 .

No ha sido hasta la modificación llevada a cabo por la disposición final sexta de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre , por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que se ha establecido que " *Esta posible modificación del interés de demora, de acuerdo con lo previsto en esta Ley, no será de aplicación a las operaciones comerciales realizadas con la Administración*".

Su interpretación auténtica la da el propio legislador en el Prámbulo de la Ley 17/2014, al expresar: " *La Disposición final sexta introduce una modificación del último párrafo del apartado 1 del artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre , por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Esta redacción procede de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, y contenía como innovación importante el establecimiento de un parámetro dentro del cual serían válidas las modificaciones del interés legal de demora. De esta forma, se estableció que sería abusivo el interés pactado cuando fuera un 70 por ciento inferior al interés legal de demora. Esta redacción ha hecho surgir la duda de si las Administraciones Públicas podrían acogerse a estas rebajas del tipo de interés de demora, interpretación que la Comisión Europea rechaza de plano y que es compartida por el Gobierno. Por ello es urgente aclarar que las Administraciones Públicas no pueden modificar el tipo de interés de demora establecido en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre.*"

A la vista de lo acabado de expresar resulta patente que desde la Ley 11/2013, de 26 de julio no cabe un pacto de intereses distinto al fijado legalmente por lo que los pactos que no responden a lo estatuido en la norma legal se reputan abusivos. Mas tal redactado no se proyecta con efectos retroactivos.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Establece la obligación de los jueces de examinar de oficio las cláusulas que eventualmente pudieran resultar abusivas al reputar el art. 6 de la Directiva como norma de orden público (STJUE 30 de mayo 2013, 488/11).

No obstante dicha posibilidad se encuentra limitada por una serie de condiciones que debe tener en cuenta el juez. Una de las esenciales es el principio de contradicción que obliga a ofrecer a las partes la posibilidad de debate según las reglas procesales nacionales (SSTJUE 21 de febrero de 2013, 472/2011; 30 de mayo de 2013, 488/2011).

Ningún pronunciamiento en tal sentido ha habido respecto de la Directiva 2000/35/CE modificada por la Directiva 2011/7/UE.

No fue pretendida en instancia la nulidad del pacto en un momento temporal en que si cabía, al formular la demanda el 11 de abril de 2016.

Podría ser también tomado en cuenta en sede casacional, pero el respecto al elemental principio de contradicción exige que constase con claridad lo que no es el caso, al no ser plenamente coincidente en los hechos probados con la doctrina anterior de esta Sala.

OCTAVO.- *La posición de la Sala se fijó en la STS de 29 de octubre de 2018, casación 3671/2017 reiterándose en STS de 14 de noviembre de 2018 casación 4753/2017 .*

La cuestión sometida a debate debe deslindar un ámbito temporal no plasmado en la pregunta.

Desde la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 17/2014 respecto de la Ley 3/2004 el art. 7 debe entenderse en el sentido que el inciso primero no es aplicable a las administraciones públicas, ya que prevalece lo estatuido en el inciso segundo por mor de su engarce con el art. 9 modificado por la disposición final sexta de la Ley 17/2014 .

Con anterioridad a la entrada en vigor de la antedicha modificación legal no se colige del conjunto de normas más arriba mencionadas que la Administración no pudiera pactar un interés distinto en el contrato al que se aquietó la parte.

Para declarar la nulidad de la cláusula pactada debe acreditarse que es abusiva. Y no basta con alegar en sede casacional el bajo tipo de interés actual, no en 2009, de las operaciones del Banco Central Europeo a que se refiere el pliego del contrato firmado en 2009.

Lo acabado de exponer comporta el mantenimiento de la sentencia dictada por la Sala de La Coruña en cuanto a la aplicación en el caso de autos del art. 7.1 de la Ley 3/2004 , libertad de pactos, por lo que se desestima el recurso de casación, siendo correcta la doctrina en ella sentada.

**NOVENO.-** *Las costas procesales.*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA , en relación con el artículo 93 LJCA , en el recurso de casación cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Al mantenerse lo dicho en la sentencia recaída en el recurso contencioso administrativo se mantiene lo allí dicho sobre las costas.

FALLO

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

PRIMERO.- No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Ovisa Pavimentos y Obras, S.L.U. contra la sentencia de 22 de septiembre de 2016, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el recurso contencioso-administrativo nº 4342/2015 .

SEGUNDO.- En cuanto a las costas estése a los términos señalados en el último de los Fundamentos de Derecho.

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

Así se acuerda y firma.

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Contencioso-Administrativo****VOTO PARTICULAR**

Fecha de sentencia:

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Número: 224/2016

Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Discrepo con todo respeto de la sentencia por las razones que a continuación expongo, las cuales me llevan a la conclusión de que el recurso de casación debió ser estimado, anulada la sentencia y estimado el recurso contencioso-administrativo, respondiendo a la cuestión suscitada por el auto de admisión en los términos que indico más abajo.

1. A mi entender, la sentencia efectúa una interpretación de la Ley 3/2004 contraria a los criterios que, según el Código Civil, han de guiar la aplicación de las leyes. Se fija, en efecto, en un aspecto aislado, el que llama libertad de pactos, y le da un sentido distinto del que, en mi opinión tiene en el contexto normativo del que forma parte el artículo 7.1 . Es decir, prescinde del dato sistemático, del espíritu de la ley y de la finalidad que persigue y, por eso, llega a una solución contraria a la que pretende el legislador, pues nos dice la propia exposición de motivos que

"la libertad de contratar no debe amparar prácticas abusivas imponiendo cláusulas relativas a plazos de pago más amplios o tipos de interés de demora inferiores a los previstos en esta Ley, por lo que el juez podrá modificar estos acuerdos si, valoradas las circunstancias del caso, resultaran abusivos para el acreedor".

Al separar lo que debe permanecer unido, la sentencia hace que la aplicación de una ley dirigida a penalizar la morosidad suponga, ni más ni menos, un trato favorable al moroso que, además, por ser Administración Pública –y, en cuanto tal vinculado, además de negativamente, de forma positiva a la Ley y al Derecho– está especialmente obligado a actuar conforme a ellos y ser ejemplar en el cumplimiento de sus obligaciones.

Es verdad, como dice la sentencia, que el artículo 7.1 es aplicable también a las Administraciones Públicas morosas. Pero, porque se trata de morosos, la posibilidad de pactar los intereses de demora que contempla no puede traducirse en beneficio para el incumplidor ni suponer lo que la exposición de motivos con una claridad rotunda dice que se ha de evitar: el abuso consistente en que la Administración, vía un pliego que quien quiera contratar con ella solamente puede aceptar, pero no negociar, se asegure, en caso de mora, un trato más beneficioso que el que fija el legislador en defecto de pacto. El intérprete no puede volver la Ley contra la finalidad que persigue por el expediente de aislar una de sus previsiones de las demás con las que forma un todo.



Insisto, el pacto al que se refiere el artículo 7.1 de la Ley 3/2004 no puede ser aquél que fije para el incumplidor unas consecuencias sean abusivas. Si, aceptando que pueda ser considerado un pacto, la cláusula del pliego que contemple los intereses moratorios supone un trato tan favorable para la Administración que implique ese abuso, entonces estará cláusula viciada de nulidad por contraria a ley al incurrir en la conducta que el propio legislador proscribe en la exposición de motivos y en el artículo 9. Desde esta perspectiva tiene razón la recurrente.

2. La del abuso no es una cuestión nueva. De haberlo sido, lo habría alegado la Junta de Galicia pero se ha cuidado de hacerlo. En este sentido, se debe destacar que la demanda pone de manifiesto el carácter abusivo de los intereses, el cual, por otra parte, resulta con meridiana claridad al considerar las cifras manejadas. No cuesta esfuerzo apreciar qué es lo que denunció la recurrente en la instancia. Y es muy significativo que la Junta de Galicia se haya abstenido de negar que los tipos de interés señalados en la demanda fueran los vigentes al tiempo del contrato, tipos muy lejanos de los contemplados por el artículo 7.2.

3. Así, pues, la interpretación del artículo 7 precedente es la que parte de considerar que era aplicable a las Administraciones su apartado 1 siempre que el pacto no supusiera unas consecuencias abusivas a la vista de los tipos de interés vigentes en el momento de contratar. El fundamento séptimo de la sentencia admite que en sede casacional se puede apreciar la nulidad del pacto de esa clase pero no lo hace porque considera que no consta que la recurrente la alegara con claridad. Entiendo, por el contrario, que lo hizo en medida suficiente. De ahí que habría debido considerarse nula de pleno Derecho la cláusula que prevé el tipo de interés aplicado y que, en vez de estar a ella, debería haberse seguido el apartado 2 de ese precepto legal.

4. Por tanto, en respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión del recurso de casación, habría decir que la llamada libertad de pactos del artículo 7.1 de la Ley 3/2004 era aplicable a las Administraciones Públicas siempre que no condujera a resultados abusivos. Y, al haberlo sido los que ha producido en este caso, el fallo precedente habría debido ser estimatorio del recurso de casación y del recurso contencioso-administrativo.

Dado en Madrid, en la misma fecha de la sentencia de la que se discrepa.

Fdo. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia, junto con el voto particular por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.