



Roj: **STS 3822/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3822**

Id Cendoj: **28079130042019100346**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **02/12/2019**

Nº de Recurso: **6758/2017**

Nº de Resolución: **1658/2019**

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

Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 5612/2017,**
ATS 2361/2018,
STS 3822/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.658/2019

Fecha de sentencia: 02/12/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6758/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/11/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

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

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

Transcrito por: MTP

Nota:

R. CASACION núm.: 6758/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1658/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Segundo Menéndez Pérez



D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D^a. Maria del Pilar Teso Gamella

En Madrid, a 2 de diciembre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 6758/2017, interpuesto por la mercantil Ovisa, Pavimentos y Obras, S.L.U., representada por el procurador don Jorge Deleito García y defendida por el letrado don José Manuel Gómez Corredera, contra la sentencia n.º 372/2017, de 14 de septiembre, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, recaída en el recurso n.º 4341/2015, sobre desestimación presunta de la reclamación efectuada ante la Consejería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras de la Junta de Galicia de reconocimiento y pago de los intereses de demora devengados por retraso en el pago de la revisión de precios que trae causa del contrato administrativo de "Conservación integral. Vialidad invernal y Rehabilitación de firmes. Pontevedra Norte con Clave PO/06/248.02", suscrito entre la Junta de Galicia y la recurrente.

Se ha personado, como recurrida, la Junta de Galicia, representada por el procurador don Argimiro Vázquez Guillén y defendida por la letrada de dicha Junta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso n.º 4341/2015, seguido en la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el 14 de septiembre de 2017 se dictó la sentencia n.º 372/2017, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLAMOS

1.- Que procede estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo suscitado por la Representación legal de aquella Razón empresarial promovente denominada "OVISA, PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L.U."

2.- Que, en consecuencia, procede revocar aquella precedente inactividad de dicho Departamento autonómico de la Xunta de Galicia, en lo que atañe al inabono por su parte de aquel acumulativo monto de los correspondientes intereses de demora referidos al tardío abono de aquella revisión de precios de aquellas sucesivas Certificaciones parciales núms. 11; 12; 13; 14; 15; 16; 25, 26 a 50 -ámbas inclusive-, así como de la Certificación final de aquellas obras derivadas de la ejecución por parte de dicha Entidad empresarial del contrato de obras, consistente en la "Conservación integral, viabilidad invernal y rehabilitación de firmes Pontevedra Norte", si bien se fija como singularizada pauta convencional al efecto aplicable aquella cláusula convencionalmente aprobada antes referenciada en el punto 3.5.1 del correspondiente Pliego de Cláusulas administrativas particulares -a la sazón obrante al folio 337 del Expediente de autos-, fijándose UN (1) MES como su perentorio plazo de abono, computado a partir de la fecha de la ulterior y eventual firmeza del presente fallo ahora adoptado.

3.- Que no procede, sin embargo, formular especial pronunciamiento en materia de costas procesales, habida cuenta dicha estimación parcial de la impugnación contenciosa "ex-parte" suscitada".

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó recurso de casación la mercantil Ovisa, Pavimentos y Obras, S.L.U., que la Sala de La Coruña tuvo por preparado por auto de 23 de noviembre de 2017, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas y personados el procurador don Jorge Deleito García, en representación de la mercantil Ovisa, Pavimentos y Obras, S.L.U., como parte recurrente y el procurador don Argimiro Vázquez Guillén, en representación de la Junta de Galicia, como recurrida, por auto de 9 de marzo de 2018, la Sección Primera de esta Sala acordó:

"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 de 14 de septiembre de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sección Segunda) en el procedimiento ordinario núm. 4341/2015.

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.- Por diligencia de ordenación de 16 de marzo de 2018 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta para su tramitación y decisión. Recibidas, se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar la interposición del recurso.

QUINTO.- Por escrito de 4 de mayo de 2018, el procurador Sr. Deleito García, en la representación y defensa que ostenta, formalizó el recurso alegando, en un primer motivo, la infracción del artículo 7.2 de la Ley 3/2004 de Morosidad, "por su falta de aplicación" y la correlativa infracción del artículo 7.1 de dicha Ley "por su indebida aplicación al caso de autos", en relación, en ambos casos, con el artículo 99.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Y, en el motivo segundo, denuncia que la sentencia impugnada fija, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de derecho estatal en la que se fundamenta el fallo, contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales han establecido.

En el motivo tercero, manifestó que lo que pretende de la Sala es

"una interpretación de los preceptos citados como infringidos y a los que se refiere el Auto de Admisión a trámite del presente recurso mediante la que se declare que la remisión que efectúa el artículo 99.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 (redacción que es idéntica a la que establece también el artículo 200.4 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, de 30 de octubre), a la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales lo es al concreto tipo de interés de demora previsto en el artículo 7.2 de la norma y no al principio de libertad de pacto del artículo 7.1. De conformidad con ello, se 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:

Anular la sentencia recurrida en la medida en que limita la condena a la Administración demandada al pago de los intereses de demora "al tipo pactado de interés de demora", solicitándose por tanto de la Sala la anulación en este punto de la sentencia recurrida, sustituyendo este pronunciamiento por otro en el que se condene a la Administración al abono de los intereses de demora que habrán de calcularse no al tipo pactado, sino al tipo previsto en el artículo 7.2 de la Ley 3/2004 de Morosidad".

Y suplicó a la Sala que 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".

SEXTO.- Evacuando el traslado conferido por providencia de 10 de mayo de 2018, el procurador don Argimiro Vázquez Guillén, en representación de la Junta de Galicia, se opuso al recurso por escrito de 2 de julio de 2018, en el que solicitó a la Sala que dicte sentencia por la que se acuerde no haber lugar a la casación y que confirme íntegramente la recurrida.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción, atendiendo a la índole del asunto, no se consideró necesaria la celebración de vista pública.



OCTAVO.- Mediante providencia de 29 de julio de 2019 se señaló para votación y fallo el día 12 de noviembre siguiente y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

NOVENO.- Dada cuenta del escrito de 5 de septiembre de 2019 presentado por el procurador don Jorge Deleito García en el que solicita el planteamiento de cuestión prejudicial en relación con la interpretación que haya de darse a determinados aspectos de la Directiva 2000\35\CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, visto lo acordado en el recurso de casación 6625/2017, por providencia de 11 de septiembre de 2019 se suspendió el señalamiento que venía acordado para el día 12 del corriente y se dio traslado a la parte recurrida para alegaciones.

Trámite evacuado por la Junta de Galicia por escrito de 25 de septiembre de 2019, en el que manifiesta que, a su entender, no concurren las circunstancias exigibles para la admisión del planteamiento de la cuestión prejudicial, "pues no concurren dudas razonables sobre la aplicabilidad al caso de las normas internas y su posible contradicción con el ordenamiento europeo". Y defiende que ya hay doctrina clara del Tribunal Supremo sobre la cuestión litigiosa a dilucidar en el presente recurso de casación, al existir varios pronunciamientos en supuestos idénticos al presente. Cita al respecto las sentencias dictadas en los recursos n.º 224/2016 y n.º 3671/2017.

DÉCIMO.- Por providencia de 3 de octubre de 2019 se levantó la suspensión acordada, manteniéndose el señalamiento para votación y fallo para el día 12 de noviembre de 2019, en que han tenido lugar. Y el 26 siguiente se pasó la sentencia a la firma de los magistrados de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Los términos del litigio y la sentencia de instancia.*

La Junta de Galicia adjudicó a Ovisa, Pavimentos y Obras, S.L.U. el contrato de obras consistente en la "Conservación integral, vialidad invernal y rehabilitación de firmes Pontevedra Norte". En el curso de la ejecución del contrato, firmado el 22 de mayo de 2007 y ampliado el 26 de noviembre de 2010, la Administración gallega incurrió en retraso en el pago de la revisión de precios relativa a las certificaciones parciales n.º 11, 12, 13, 14, 15, 16, 25, 26 a 50 y a la certificación final. Por esa razón, Ovisa le reclamó la cantidad de 388.449,63€ correspondientes a los intereses de demora.

A falta de respuesta a su reclamación, Ovisa la entendió desestimada por silencio e interpuso el recurso contencioso-administrativo n.º 4341/2015 en el que pidió a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el reconocimiento de su derecho a percibir esa cantidad más sus intereses legales. Ya en el curso del proceso, elevó a 396.312,65€ la cantidad reclamada, alegando error en la determinación de la anteriormente pedida.

La sentencia ahora objeto de recurso de casación estimó en parte las pretensiones de Ovisa.

Rechazó, en primer lugar, el incremento de la cantidad reclamada –de 388.449,63€ a 396.312,65€– por diferir de la que pidió a la Administración. Para la Sala de La Coruña, la recurrente incurrió en desviación procesal en este punto, sobre el cual nada dirá el escrito de interposición.

En efecto, la sentencia de instancia le reconoció el derecho a los intereses de demora por el retraso, no discutido por la Administración autonómica. Ahora bien, no acogió la demanda en la parte en que sostenía que esos intereses habían de calcularse, no conforme al pliego de cláusulas administrativas particulares, sino conforme al artículo 7.2 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Por el contrario, la Sala de La Coruña consideró que debía estarse al interés consignado en la cláusula 3.5.1. de dicho pliego. De acuerdo con ella, se incrementaría en un 50% el tipo de interés aplicable por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación afectada antes del primer día del semestre natural de que se trate con arreglo a la fórmula $TX = Tx_{Bce} + [Tx_{BCE}/2]$. Y el cálculo se debería efectuar sobre el importe de la obligación pecuniaria principal, excluidos los impuestos.

La sentencia afirma que el tipo de interés por la demora de la Administración debía ser, según el artículo 7.1 de la Ley 3/2004, el que resultara del contrato. Es decir, el que se ha indicado pues no apreció que fuera abusivo en los términos del artículo 9 de ese mismo texto legal. Para la Sala de instancia:

"ninguna prueba "ex-parte" se ha aportado que permita colegir que dicha mencionada cláusula convencional que fija el interés de demora al presente caso aplicable sea contraria al principio de autonomía y libertad de pactos, en su día establecido por el Art. 4 de dicho Real Decreto-Legislativo núm. 2/2000, de 16 de junio, al efecto inherente a los contratos administrativos, sin que tampoco se constate la existencia de vicio invalidante



o anulatorio conforme a sus Arts. 61 a 66 ni tampoco la existencia de ningún género de cláusulas abusivas en materia de morosidad a la luz del Art. 9 de aquella otra Ley núm. 3/04, de 29 de Diciembre, en su día vigente y al caso aún aplicable".

Por otra parte, si bien reconoce el derecho de Ovisa a que se le paguen los intereses moratorios correspondientes al retraso en el abono de la revisión de precios que debió satisfacerse con las certificaciones de obra antes indicadas y fija el plazo de un mes desde la firmeza de la sentencia, ante la falta de una cantidad líquida sobre la que calcularlos, rechaza la pretensión de intereses sobre intereses efectuada por la recurrente.

SEGUNDO.- *La cuestión en que el auto de admisión aprecia interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.*

El auto de la Sección Primera de 9 de marzo de 2018 que admitió a trámite este recurso de casación explica que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia pues suscita la interpretación que ha de darse a la remisión del artículo 200.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (y el artículo 216.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), a la Ley 3/2004. En concreto, ese interés reside en determinar si han de aplicarse los intereses previstos en el artículo 7.2 de esta última únicamente cuando el contrato no contenga previsiones al respecto, de manera que cuando sí las establezca deba estarse a ellas.

Explica el auto de 9 de marzo de 2018 que hay pronunciamientos contradictorios sobre este extremo en sentencias de la Sala de Madrid, de la de Castilla y León y de Andalucía, ya que las citadas por esa resolución concluyen que no es aplicable a la contratación administrativa la libertad de pactos, de manera que ha de estarse necesariamente al artículo 7.2 de la Ley 3/2004.

En consecuencia, según se ha visto en los antecedentes, nos somete la siguiente cuestión:

"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".

E identifica como preceptos a interpretar los artículos 200.4 de la Ley 30/2007 (216.4 del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011) y 7 de la Ley 3/2004.

TERCERO.- *Las alegaciones de las partes.*

A) El escrito de interposición de Ovisa, Pavimentos y Obras, S.L.U.

Sostiene Ovisa que la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de La Coruña infringe el apartado 2 del artículo 7 de la Ley 3/2004 por no aplicarlo y, correlativamente, su apartado por aplicarlo indebidamente, en ambos casos en relación con el artículo 99.4 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, porque, precisa respecto del auto de admisión, que el aplicable, por razones temporales, era este último y no la Ley 30/2007, si bien, dada la identidad de contenido entre el artículo 99.4 citado y el 200.4 de la Ley 30/2007, este detalle carece de trascendencia.

Destaca Ovisa que la sentencia recurrida ha atribuido validez y eficacia a un tipo de interés irrisorio y muy inferior al de la Ley 3/2004 y no ha tenido en cuenta que la fuente normativa aplicable para la determinación de los intereses de demora devengados a favor del contratista por los retrasos de la Administración en el pago del precio de la obra, es exclusiva y preceptivamente la Ley y no el contrato, el cual, de contradecirla, debe entenderse nulo.

El artículo 99.4, señala, hace una plena y clara remisión a la Ley 3/2004, y lo mismo hace el artículo 200.4 de la Ley 30/2007. Y esa remisión es al apartado 2 del artículo 7 de esa Ley 3/2004 según el cual se deben sumar 8 puntos al establecido por el Banco Central Europeo. Así, pues, al no considerarlo así la sentencia y dejarlo en el 0,5%, lo ha infringido.

Expone Ovisa cuáles entiende que son el espíritu y la finalidad de la Directiva 2000/35/CE traspuesta por ese texto legal: evitar que los bajos intereses potencien la morosidad al ser provechosa para el deudor. No persigue, dice, consagrar ninguna libertad de pactos, sino elevar el tipo de interés también para las Administraciones Públicas para que la lucha contra la morosidad sea realmente global. Además, esa Directiva, continúa el escrito de interposición, prohíbe el abuso de la libertad de contratar en perjuicio del acreedor. El espíritu y la finalidad de la Ley 3/2004, prosigue Ovisa, se dirigen a elevar el tipo de interés de demora y se plasman en la redacción dada al artículo 99.4 que se remite al interés que se fijara para las operaciones comerciales.

El artículo 7.1 de referencia, resalta, no es aplicable a los contratos administrativos ni consagra por vía indirecta ningún principio de libertad de pactos. Si siempre ha sido imperativo el tipo de interés de demora en la contratación pública, observa, resulta absurdo pensar que, por vía indirecta, hay libertad para establecerlo fuera



de la legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas, la cual no contiene ninguna previsión que la autorice.

A partir de aquí, el escrito de interposición destaca que el tipo resultante del pliego alcanza el 0,075% frente al 8,05% que impone el artículo 7.2 de la Ley 3/2004. Es una enorme diferencia, observa, que hace prácticamente inexistente el gravamen de intereses y permite, por tanto, a la Administración un incumplimiento muy barato, lo que potencia que su incumplimiento se haya prolongado durante más de tres años, en los que se ha financiado a costa de Ovisa. Precisamente, lo que el legislador quiso evitar.

En definitiva, concluye, el imperativo respeto y cumplimiento de la Ley conduce a la nulidad de la cláusula del pliego al amparo del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Termina el escrito de interposición refiriéndose a la contradicción de la sentencia impugnada con lo resuelto sobre la misma cuestión por otras dictadas por las Salas de Madrid (Sección Tercera), de Valladolid (Sección Primera), de Granada (Sección Primera). Asimismo, invoca la sentencia de la Sección Séptima de esta Sala de 2 de noviembre de 2015 (casación n.º 2506/2014).

B) El escrito de oposición de la Junta de Galicia

Tras exponer los antecedentes que considera relevantes, recoge la fundamentación de la sentencia recurrida y pone de manifiesto el que considera dato esencial: la formalización del contrato el 22 de mayo de 2007. Ese extremo le parece determinante porque la prohibición del pacto de intereses para la Administración fue incorporada a la Ley 3/2004 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. La consecuencia que extrae de ello el escrito de oposición es que hasta la fecha de esa modificación del artículo 9.1 de la Ley 3/2004 sí era posible el pacto en cuestión.

Además, opone que la Directiva 2000/35/CE no prohíbe en ningún caso a las Administraciones Públicas pactar el tipo del interés de demora. Al contrario, explica, de su artículo 2.1 y de sus considerandos se deduce su aplicabilidad a las operaciones en que sea parte una empresa pública o un poder público. Solamente prohíbe los pactos abusivos. Y, si la Directiva no prohíbe los pactos de intereses, observa, la trasposición tampoco debería hacerlo, tal como ha sido en la práctica.

Precisamente, por eso, prosigue, cuando el artículo 200.4 de la Ley 30/2007 –o el artículo 99.4 de texto refundido de 2000– remite al régimen de intereses de demora de la Ley 3/2004, lo hace sin establecer ninguna excepción. No es cierto, subraya, que ese artículo 99.4 remita al tipo de interés de la Ley de morosidad ni al concreto tipo de su artículo 7.2. Reproduce para acreditarlo el tenor de su artículo 7.2 y señala que la remisión se hace, no a un concreto precepto, sino a toda la regulación en materia de intereses de demora. No impide, por tanto, la posibilidad de que se pacten.

Así, pues, como en este caso había dicho pacto, a él, dice, se ha de estar sin que sea posible la discrepancia mostrada posteriormente por el contratista, que no atacó en su momento los pliegos ni alegó el carácter abusivo de alguna de sus cláusulas mediante los recursos legalmente establecidos. De este modo, concluye, ha de estar a la vinculación que producen esos pliegos conforme a los artículos 49.5 y 94 del texto refundido.

CUARTO.- El juicio de la Sala. La improcedencia de plantear cuestión prejudicial y la desestimación del recurso de casación.

A) La improcedencia de plantear cuestión prejudicial.

En el presente recurso de casación y en el que lleva el n.º 6625/2017, también interpuesto por ella, Ovisa nos ha pedido que consideremos el planteamiento de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación del artículo 3.1 d) de la Directiva 2000/35/CE. Los extremos sobre los que versaría son éstos: (i) ¿Se entiende que el pacto [de intereses] permite sumar al tipo de referencia un interés inferior a 7 puntos, o por el contrario los 7 puntos son un mínimo indisponible al pacto?; de ser afirmativa la respuesta, (ii) ¿debe entenderse que las Administraciones Públicas están autorizadas a establecer un tipo de interés de demora inferior a ese umbral?; y de ser afirmativa la contestación, (iii) ¿Cabe que esta modificación se imponga en los contratos administrativos al contratista en el pliego de cláusulas administrativas particulares?

Tras oír a las partes sobre esa petición, en la sentencia n.º 1602/2019, de 19 de noviembre, que ha desestimado ese recurso de casación n.º 6625/2017, hemos concluido que no procede plantear tal cuestión prejudicial por las siguientes razones que son aplicables también aquí, dada la identidad de asuntos, de partes y de preguntas.



A juicio de este Tribunal, es "clara", en el sentido a que se refiere la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la interpretación que ha de darse a esas tres preguntas, y de ahí, como anunciamos, que entendamos improcedente el planteamiento de la cuestión prejudicial que se solicita.

De un lado, porque la expresión, "salvo que se especifique otra cosa en el contrato", alude, estando directamente conectada a ella, y no a otro particular, a la de "como mínimo, 7 puntos porcentuales", que inmediatamente le precede, y ello hasta el punto de que, si no fuera así, carecería de toda lógica, por innecesaria, aquella salvedad.

De otro, porque la Directiva de 2000/35/ CE, tanto en su considerando 22, como en su artículo 2.1), prevé que las operaciones comerciales que regula son las realizadas "entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación; añadiendo que, por "poderes públicos" se entiende "toda autoridad o entidad contratante tal como se define en las directivas sobre contratación pública [92/50/CEE9, 93/36/CEE10, 93/37/CEE11 y 93/38/CEE12]".

Y, en fin, porque el documento más idóneo, aunque no el único, para introducir la salvedad es, por la información inmediata que traslada al contratista, el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Lo que realmente prohíbe la Directiva es que la cláusula que se pacte sea manifiestamente abusiva para el acreedor.

B) La desestimación del recurso de casación y la respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión.

Despejado ese extremo, debemos desestimar este recurso de casación al igual que hemos desestimado el n.º 6625/2017, ya que también son trasladables a este proceso los mismos argumentos que nos han llevado a pronunciarnos allí en ese sentido.

Son los siguientes.

La sentencia recurrida, como vimos, rechaza que la cláusula 3.5.1. del pliego sea abusiva. No advierte en ella ningún rasgo de esa naturaleza y frente a la conclusión alcanzada por la Sala de La Coruña, Ovisa no ofrece más argumento que la diferencia de los tipos, pero sin aportar un análisis económico al respecto, ni esgrimir argumentos jurídicos referidos a la interpretación de los preceptos ahí aplicables.

Por otra parte, esta Sala y Sección en la sentencia n.º 1615/2018, de 14 de noviembre, dictada en el recurso de casación n.º 4753/2017, abordó un supuesto en el que, al igual que en éste, el tipo de interés a pagar por la Administración era el resultante de sumar 50% al tipo de interés aplicable por el Banco Central Europeo en su operación de financiación principal más reciente efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate y estableció la aplicabilidad al caso del artículo 7.1 de la Ley 3/2004 a un contrato pactado en 2009. Posteriormente, ese mismo criterio fue reiterado por la Sala en las sentencias n.º 1558/2018, de 29 de octubre (casación n.º 3671/2017), y 743/2019, de 3 de junio (casación n.º 224/2016).

En ese último proceso fue parte Ovisa y, por tanto, conoce los fundamentos jurídicos que llevaron a la conclusión anunciada y basta con que recordemos la interpretación sentada en la sentencia n.º 743/2019 sobre los puntos que nos ha sometido la Sección Primera en el auto de admisión.

Es la siguiente:

"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 de 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".



QUINTO.- Costas.

A tenor de lo establecido por el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción, cada parte correrá con las costas causadas a su instancia y con las comunes por mitad en el recurso de casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las nortas establecida en el fundamento cuarto,

(1.º) No dar lugar al recurso de casación n.º 6758/2017, interpuesto por Ovisa, Pavimentos y Obras, S.L.U. contra la sentencia n.º 372/2017, de 14 de septiembre, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y recaída en el recurso n.º 4341/2015.

(2.º) Estar respecto de las costas a los términos del último de los fundamentos.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO