



Roj: **STS 3839/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3839**

Id Cendoj: **28079130042019100350**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **19/11/2019**

Nº de Recurso: **6625/2017**

Nº de Resolución: **1602/2019**

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

Ponente: **SEGUNDO MENENDEZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 5784/2017,**
ATS 2358/2018,
STS 3839/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.602/2019

Fecha de sentencia: 19/11/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6625/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/09/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez

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.: 6625/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1602/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez, presidente

D. Segundo Menendez Perez



D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D^a. Maria del Pilar Teso Gamella

D. Jose Luis Requero Ibañez

En Madrid, a 19 de noviembre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la mercantil OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L.U., representada por el procurador de los tribunales don Jorge Deleito García y dirigida por el letrado don José Manuel Gómez Corredera, contra sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 21 de septiembre de 2017, dictada en el recurso núm. 4344/2015, contra la desestimación presunta de la reclamación de pago de la revisión de precios e intereses de demora derivados de un contrato administrativo de obras.

Se ha personado en este recurso como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA, representada por el procurador de los tribunales don Argimiro Vázquez Guillén y asistido por el letrado de sus servicios jurídicos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En el recurso contencioso-administrativo núm. 4344/2015 la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con fecha 21 de septiembre de 2017, dictó sentencia cuyo fallo 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; 17; 18; 19; 20; 21; 22; 23; 24; 25; 26; 27; 31; 32 y 40, así como de la Certificación final de aquellas obras derivadas de la ejecución por parte de dicha Entidad empresarial del contrato de obras, consistente tanto en el "acondicionamiento de aquella carretera LU-710, Baralla (LU-VI)- O Cadavo (LU-530)", como en su correspondiente modificado, si bien se fija como singularizada pauta convencional al efecto aplicable aquella cláusula convencionalmente aprobada antes referenciada en el punto 5.5.1 del correspondiente Pliego de Cláusulas administrativas particulares -a la sazón obrante al folio 2331 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 la representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia recurso de casación, que por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Galicia tuvo por preparado mediante Auto de 23 de noviembre de 2017, 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 9 de marzo de 2018, dictó Auto cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"La Sección de Admisión acuerda:

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 21 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. 4344/2015.

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. La representación procesal de la mercantil OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L.U., interpuso recurso de casación mediante escrito de 4 de mayo de 2018, y termina suplicando a la Sala que "...dictando 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. La representación procesal de la ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA, se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario y suplica en su escrito a la Sala que "...hasta 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. Mediante providencia de fecha 16 de julio de 2019 se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 10 de septiembre del mismo año, en cuya fecha han tenido lugar dichos actos procesales.

SÉPTIMO. Por providencia de fecha 10 de septiembre de 2019 este Tribunal acordó lo siguiente:

"Dada cuenta del escrito presentado con fecha 31 de julio de 2019 por el procurador don Jorge Deleito García en representación de la mercantil OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L.U., 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.

A la vista del mismo la Sección acuerda:

Con suspensión del plazo para deliberar, fallar y dictar sentencia, dese traslado a la parte recurrida en casación, XUNTA DE GALICIA, para que en el plazo improrrogable de SEIS DÍAS formule las alegaciones que tenga por convenientes en relación con aquel escrito".

OCTAVO. Evacuado el traslado conferido a la representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, se reanudó la deliberación, votación y fallo en la sesión del día 22 de octubre del año en curso.

NOVENO. No se ha observado el plazo que la Ley de la Jurisdicción fija para dictar sentencia, debido a la carga de trabajo que pesa sobre el Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *La actuación administrativa inicialmente impugnada; las cuestiones a las que se redujo en el curso del proceso y que ahora son de interés; y la decisión de la sentencia recurrida*

A) OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L.U. (OVISA, en lo sucesivo), que suscribió en junio de 2009 el contrato administrativo para " *Acondicionamiento da estrada LU-710 Baralla (N-VI) ó Cádavo LU-530*", interpuso, tras la reclamación administrativa con igual objeto, no atendida, recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración consistente en el impago del importe de las revisiones de precios, que debería haber sido abonado con ocasión de cada una de las certificaciones de obra, a partir de la número 11, y de sus intereses legales.



B) Abonado en el curso del proceso el importe de las revisiones, pero no sus intereses de demora, la controversia se desplazó, entre otras cuestiones que ahora es innecesario mencionar, a las dos siguientes: (i) día inicial para el cómputo de tales intereses, y (ii) tipo aplicable.

C) La primera de ellas la decide la sentencia recurrida aplicando el art. 200.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, según la redacción que dicho artículo tuvo entre el 30 abril de 2008 y el 6 julio de 2010, fijando así, como día inicial, el siguiente al transcurso del plazo de sesenta días desde la expedición de cada una de las certificaciones de obra.

D) Para la segunda, aplica el art. 7, apartado 1, no el apartado 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. Las razones por las que la Sala de instancia aplica ese apartado 1, no el 2, se exponen en los fundamentos de derecho séptimo a decimocuarto de su sentencia, que transcribimos al constituir esa segunda cuestión la que, en concreto, debemos analizar en este recurso de casación. Dicen así:

"[...]

7.- Además, el Art. 7,1 de igual Norma legal [Ley 3/2004] de origen comunitario y obligada transposición de aquella añeja Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 29 de Junio del 2000, por la que se establecieron medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales -entendiéndose éstas como aquéllas que se dan entre las Empresas y el sector público por lo que ahora importa y según expresamente se significó en su Exposición de Motivos-, sentó que "el interés de demora que deberá pagar el deudor será el que resulte del contrato y, en defecto de pago (sic), el tipo legal que se establece en el apartado siguiente".

8.- Por consiguiente, el siguiente extremo a abordar en el debate litigioso inherente a la presente "litis" contenciosa -una vez sentada la obligación de pago y el retraso en el abono de aquella revisión de precios relativa a aquellas sucesivas Certificaciones parciales de obra antes reseñadas-, será la determinación del interés de demora aplicable y que, por imperativo legal, en principio será aquél que se haya fijado contractualmente mediante pacto entre aquellas sendas Contrapartes pública y privada antes referenciadas, salvo que por mor de su carácter abusivo se establezca su ulterior nulidad en sede judicial, en cuanto el Art. 9 de igual Ley núm. 3/04, de 29 de Diciembre, asimismo prescribía que "será nula una cláusula contractual o una práctica relacionada con la fecha o el plazo de pago, el tipo de interés de demora -por lo que ahora atañe-, o la compensación por costes de cobro cuando resulte manifiestamente abusiva en perjuicio del acreedor teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, incluidas: a) Cualquier desviación grave de las buenas prácticas comerciales, contraria a la buena fe y actuación legal. b) La naturaleza del bien o del servicio. c) Y cuando el deudor tenga alguna razón objetiva para apartarse del tipo de interés legal de demora del apartado 2 del artículo 7, o de la cantidad fija a la que se refiere el apartado 1 del artículo 8".

9.- Por otra parte, el Art. 9,1 "in fine" de igual Ley núm. 3/04, de 29 de Diciembre, precisaba que "asimismo para determinar si una cláusula o práctica es abusiva para el acreedor se tendrá en cuenta, considerando todas las circunstancias del caso, si sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor, o si el contratista principal impone a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas, por razón de las condiciones de que él mismo sea beneficiario o por otras razones objetivas. En todo caso, son nulas las cláusulas entre las partes o las prácticas que resulten contrarias a los requisitos para exigir los intereses de demora del artículo 6, o aquéllas que excluyan el cobro de dicho interés de demora o el de la indemnización por costes de cobro prevista artículo 8. También son nulas las cláusulas y prácticas pactadas por las partes o las prácticas que excluyan el interés de demora, o cualquier otra sobre el tipo legal de interés de demora establecido con carácter subsidiario en el apartado 2 del artículo 7, cuando tenga un contenido abusivo en perjuicio del acreedor, entendiéndose que será abusivo cuando el interés pactado sea un SETENTA (70) POR CIENTO inferior al interés legal de demora, salvo que atendiendo a las circunstancias previstas en este artículo, pueda aprobarse que el interés aplicado no resulta abusivo", si bien se puntualizaba expresamente 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".

10.- En cualquier caso, mientras el Art. 9,2 de dicha Ley núm. 3/04, de 29 de Diciembre, apuntaba que "el Juez que declare la invalidez de dichas cláusulas abusivas integrará el contrato con arreglo a lo dispuesto en el Art. 1258 del Código Civil y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes y de las consecuencias de su ineficacia", el aptdo. 3 de igual precepto legal de raíz comunitaria proclamaba que "serán igualmente nulas las cláusulas abusivas contenidas en las condiciones generales de la contratación según lo dispuesto en el apartado 1".

11.- Pues bien -por lo que ahora especialmente atañe-, en lo que se refiere a la fijación convencional de un interés de demora tanto aquel precitado Art. 7,1 de dicha Ley núm. 3/04, de 29 de Diciembre, como el Art.



3,1 d) de aquella Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de Junio del 2000, -en la actualidad pese a su aplicabilidad al caso ya derogada por aquella otra Directiva 2011/7/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 16 de Febrero del 2011, por la que asimismo se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales-, apuntan a la primacía del criterio convencional de su fijación, al introducir la salvedad al respecto sobre la fijación normativa del tipo de interés aplicable de "salvo que se especifique otra cosa en el contrato".

12.- En consecuencia, nada se opone a que en el presente caso prime desde luego la aplicabilidad de aquella expresa cláusula convencional establecida en el punto 5.5.1 del Pliego de Cláusulas administrativas particulares -obrante al folio 2331 del Expediente-, conforme al que "en los supuestos en que la Administración se demore en el pago -tal como desde luego en el presente caso ha acaecido-, se estará a lo dispuesto en el Art. 200,4 -de aquella Ley núm. 30/07, de 30 de Octubre-, con las siguientes precisiones: El tipo pactado de interés de demora que la Administración estará obligada a pagar será el resultante de sumar el CINCUENTA (50%) POR CIENTO al tipo de interés aplicable por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación afectada (sic) antes del primer día del semestre natural de que se trate -con arreglo a la fórmula $TX=Tx_{Bce}+ [Tx_{BCE}/2]$ ", amén de que asimismo se precise que "el interés de demora se calculará sobre el importe de la obligación pecuniaria principal, excluido el I.V.A. y los demás tributos que graven la operación".

13.- Resulta pues aplicable al presente caso aquella pauta jurisprudencial apuntada, por un lado, por la Sentencia núm. 3460/91, de 28 de noviembre, dictada por la Sala III de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (...), al señalar que " *la actividad probatoria tiende a lograr que el Juzgador se convenza de la certeza de los hechos. La prueba es valorada en su conjunto para estimar en conciencia lo que crea probado; tras esa valoración recta y en conciencia del conjunto de la prueba se fijan los hechos probados que es la respuesta segura que se da en los planteamientos fácticos*"; por otro, por aquella otra Sentencia núm. 240/90, de 13 de Febrero, adoptada por igual máximo Órgano jurisdiccional contencioso-administrativo (...), al apuntar también que " *la presunción de legalidad del acto administrativo desplaza sobre el administrado la carga de accionar para evitar la producción de la figura del acto consentido, pero afecta a la carga de la prueba que ha de ajustarse a las reglas generales*", sin perjuicio de que también venga a sostener que las reglas generales de valoración de la prueba al efecto desde luego aplicables " *indican que cada Parte soporta la carga de probar los hechos que integran el supuesto de la Norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor*", al ser en su día ésta la solución elaborada por inducción sobre la base del Art. 1214 del Código Civil y al cohonestarse actualmente dicho pormenor con el Art. 217 de la Ley núm. 1/00, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, por demás aplicable en esta vía contenciosa de conformidad tanto del Art. 60,4 como de la Disposición Final primera de aquella Ley núm. 29/98, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

14.- Por consiguiente, frente a los argumentos de contrario vertidos por aquella Representación legal de dicha Entidad empresarial promovente denominada (OVISA), 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. 25,1 de dicha Ley núm. 30/07, de 30 de Octubre, al efecto inherente a los contratos administrativos y conforme al que "en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarias al interés público, al Ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración", sin que tampoco se constate la existencia de vicio invalidante o anulatorio conforme a sus Arts. 31 a 36 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.

[...]"

SEGUNDO. *El auto de admisión: cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, y normas que, en principio, han de ser interpretadas*

Una y otras se expresan en los apartados segundo y tercero de la parte dispositiva del auto de la Sección Primera de esta Sala de fecha 9 de marzo de 2018. Dicen así:

"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."

TERCERO. *El escrito de interposición*

Los argumentos que OVISA expone en dicho escrito pueden ser resumidos en los siguientes términos:

-Infracción del art. 7.2 de la ley 3/2004 de morosidad, por su falta de aplicación, y correlativa infracción del art. 7.1 de la misma ley, por su indebida aplicación al caso de autos, en relación con el art. 200.4 de la ley 30/2007, de 30 de octubre, que se interpreta de forma errónea al entender equivocadamente la sentencia que la remisión que efectúa a la Ley 3/2004 no es al concreto tipo de interés que recoge esta última en su art. 7.2, sino también al principio de libertad de pactos que recoge el art. 7.1.

En definitiva, la sentencia olvida 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.

-La Ley de Morosidad se dicta con la finalidad de incorporar una Directiva Europea (2000/35/CE) cuyo propósito es evitar que los bajos intereses potencien la morosidad al ser una situación provechosa para el deudor (Cfr. Considerando 16 de la Directiva, que señala: "La morosidad constituye un incumplimiento de contrato que se ha hecho económicamente provechoso para los deudores en la mayoría de los Estados miembros a causa de los bajos intereses aplicados a los pagos que incurren en mora y/o de la lentitud de los procedimientos de reclamación. Es necesario un cambio decisivo incluida una compensación a los acreedores por los gastos en que hayan incurrido, para invertir esta tendencia y garantizar que las consecuencias de la morosidad sean disuasorias.")

La finalidad de la Directiva no es consagrar ninguna libertad de pactos, sino fijar con carácter imperativo un tipo de interés "mínimo" que sea sustancialmente superior a los existentes. Su finalidad es, pues, elevar el tipo de interés, también para las Administraciones Públicas, con objeto de que la lucha contra la morosidad sea realmente global "La presente Directiva debe regular todas las operaciones comerciales con independencia de si se llevan a cabo entre empresas públicas o privadas o entre éstas y los poderes públicos, teniendo en cuenta que estas últimas realizan pagos de un volumen considerable a las empresas. También debería regular todas las operaciones comerciales entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas".

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. art. 3.3).

-La Ley 3/2004 modificó la redacción del art. 99.4 del TRLCAP precisamente para incorporar dicha Directiva. Hasta esa reforma, la redacción de este precepto disponía un interés igual al del interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos.

Su finalidad seguía siendo, por tanto, -y como no podía ser de otra manera- elevar el tipo de interés de demora.

-El art. 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, pues resulta absurdo pensar que si bien en materia de contratación pública el tipo de interés de demora previsto en las distintas normas reguladoras de los contratos públicos siempre ha sido imperativo, sea ahora por vía indirecta (esto es, por la remisión que la Ley del contratos hace en su art. 200.4 al tipo de interés de demora previsto en otra norma, Ley 3/2004 de Morosidad) cuando por primera vez se deroga el régimen tradicional en materia de contratación pública sobre la imperatividad del tipo de interés de demora, y se introduce el principio de libertad de pactos.

-Como concreción de todo lo expuesto, debe tenerse en cuenta que (a la fecha de la demanda, y según se expuso en ella) el tipo pactado en el pliego era el 0,075%, frente al 8,05% que impone la Ley de Morosidad. Esta enorme diferencia, que hace prácticamente inexistente el gravamen de intereses, ha permitido a la Administración un incumplimiento muy barato, lo que potencia que este incumplimiento se haya prolongado tanto en el tiempo, durante más de tres años, durante los cuales la Administración se ha financiado a costa de mi mandante. Todo ello es precisamente lo que el legislador quiso evitar con la reforma.



Además de ello, es voluntad constante del legislador que el interés que rija para las Administraciones Públicas sea el mismo. En otro caso, como ocurriría según la tesis de la contestación, se vulneraría el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley que a mi mandante le reconoce el art. 14 de la Constitución.

-El imperativo respeto y cumplimiento de la Ley conduce a la conclusión de la nulidad de la cláusula del pliego, al amparo de lo dispuesto en el art. 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

-Finalmente, la aplicación de los criterios de interpretación del C. Civil (literal, teleológico y sistemático) conduce a la conclusión de que en modo alguno puede considerarse que la remisión que al interés de demora de la Ley 3/2004 realiza el art. 200.4 de la LCSP, signifique la introducción *ex novo* en la normativa de contratos públicos de un principio de libertad de pactos en el interés de demora.

CUARTO. *El escrito de oposición*

En suma, la Xunta de Galicia argumenta lo siguiente:

-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, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, pues en su virtud quedó redactado el art. 9.1, in fine, de aquella del siguiente modo, en relación con 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.

Esta modificación es de suma relevancia, pues es la que pone de manifiesto que hasta la fecha de la misma y discrepando de la tesis de la contraria, sí era posible el pacto sobre la materia por remisión del art. 200.4 LCSP al art. 7.1 de la Ley 3/2004, de ahí que deba prevalecer el pacto, como señala la Sala de Galicia en la sentencia recurrida.

-La Directiva 2000/35/CE no prohíbe a las Administraciones Públicas pactar el tipo de interés de demora. Nada se dice al respecto. Lo que nos debe llevar a considerar, que, visto que nada se dice al respecto, ninguna limitación hay a tal posibilidad.

Lo que prohíbe exclusivamente son aquellos pactos que puedan resultar abusivos (su considerando 19 señala que se prohíbe el abuso de la libertad de contratar en perjuicio del acreedor, concepto que luego desarrolla el art. 3.3). Es decir, sólo cabe considerar prohibidos aquellos pactos en materia de intereses que sean calificables como abusivos (y en modo alguno cabe colegir de sus preceptos que tal carácter abusivo devenga, sin más, de establecer un tipo por debajo del previsto en el art. 3.1.d). Si la Directiva no prohíbe expresamente tales pactos, no cabe considerar, al amparo de tal norma, excluida esa posibilidad; y, teniendo en cuenta que la propia Directiva señala que su bloque normativo será aplicable indistintamente a las operaciones entre empresas privadas y a las operaciones en las que pueda ser parte una Administración, no se puede entender que no pudiese haber, en la fecha de aprobación del pliego y de formalización del contrato, libertad de pacto sobre esta materia.

Es más, esa Directiva fue derogada por la Directiva 2011/7/UE por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Directiva que recoge por primera vez una regulación concreta para las operaciones entre empresas y poderes públicos (art. 4), distinta de las relaciones entre empresas, por contraposición al idéntico tratamiento que se daba antes a ambas en la anterior normativa comunitaria. Y, Directiva que, en su transposición, da lugar a la disposición final 6 de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, a partir de la cual -y solo a partir de su vigencia- se introduce la prohibición de pacto.

-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.

-No debe olvidarse la interpretación auténtica que realiza el propio legislador en la exposición de motivos de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre. En ella se 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.

Es, precisamente, al hilo del establecimiento de una definición legal de lo que se considera interés abusivo, dentro del límite de pactos sobre el interés cuando el legislador se plantea si al hilo de la redacción de la Ley 11/2013 se pueden pactar tales intereses, considerando necesario este aclarar que no, pero, a nuestro juicio, a partir de tal momento temporal, pues, precisamente hasta la aprobación de la misma o, como mucho, la aprobación de la Ley 11/2013 (también posterior a la presente adjudicación) no ofrecía dudas la posibilidad de tal pacto para el sector público.

QUINTO. *El análisis del recurso de casación. Imprudencia de plantear una cuestión prejudicial de interpretación del art. 3.1.d) de la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 2000*

En efecto, la parte recurrente solicitó, después de la interposición del recurso, pero no por ello en tiempo inhábil, que esta Sala planteara determinadas cuestiones prejudiciales de interpretación del art. 3.1.d) de dicha Directiva, del siguiente tenor:

"el tipo de interés de demora ("tipo legal") que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de refinanciación efectuada antes del primer día natural del semestre de que se trate ("tipo de referencia") más, como mínimo, 7 puntos porcentuales ("margen"), salvo que se especifique otra cosa en el contrato. Respecto a los Estados miembros que no participen en la tercera fase de la unión económica y monetaria, el tipo de referencia mencionado anteriormente será el tipo equivalente establecido por sus bancos centrales nacionales. En ambos casos, se aplicará durante los siguientes 6 meses el tipo de referencia del Banco Central vigente el primer día natural del semestre de que se trate"

En concreto, al hilo de ese tenor, aquella parte pregunta:

1.- Cuando se hace alusión a que el contrato pueda especificar otra cosa, y a la expresión de que 'como mínimo' el tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de refinanciación efectuada antes del primer día natural del semestre de que se trate, esto es el tipo de referencia, debe incrementarse en 7 puntos, **¿Se entiende que el pacto 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?**

2.- En caso de que la respuesta sea afirmativa, y que por tanto se admita pacto distinto e inferior al tipo legal que resulta del artículo 3.1 apartado d), **¿debe entenderse que las Administraciones Públicas están autorizadas a establecer un tipo de interés de demora inferior a ese umbral?**

3.- En caso de que la respuesta sea afirmativa, y que por tanto se permita que las Administraciones Públicas establezcan un tipo de interés de demora inferior a ese umbral **¿Cabe que esta modificación se imponga en los contratos administrativos al contratista en el pliego de cláusulas administrativas particulares?**

A juicio de este Tribunal, es "clara", en el sentido a que se refiere la jurisprudencia del TJUE, la interpretación que ha de darse a esas tres preguntas, y de ahí, como anunciamos, que entendamos impropio 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, tanto en su considerando 22, como en su art. 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.

SEXTO. *El análisis del recurso de casación. Imprudencia de abordar si la concreta cláusula pactada en el caso enjuiciado es o no abusiva*

En efecto, la sentencia recurrida, como vimos, se detiene en ese particular, llegando a afirmar que tampoco se constata la existencia de ningún género de cláusulas abusivas en materia de morosidad a la luz del art. 9



de la ley 3/2004, de 29 de diciembre, en su día vigente y aún aplicable al caso. Conclusión con la que la parte recurrente discrepa, pero sin ofrecer, ni un análisis económico al respecto, ni argumentos jurídicos referidos a la interpretación de los preceptos ahí aplicables.

En ese particular, no es ocioso recordar que la sentencia de este Tribunal de 14 de noviembre de 2018, dictada en el recurso de casación núm. 4753/2017, es decir, una de las tres que citaremos en el siguiente fundamento de derecho, 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.

SÉPTIMO. *El análisis del recurso de casación. Aplicabilidad del art. 7.1 de la ley 3/2004 cuando se pactó, año 2009, el contrato origen del litigio*

En efecto, ese es el criterio ya acogido por este Tribunal en sus sentencias de 29 de octubre de 2018, 14 de noviembre de 2018 y 3 de junio de 2019, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación números 3671/2017, 4753/2017 y 224/2016.

OVISA, fue también parte recurrente en el último de los recursos citados, conociendo, pues, las razones jurídicas en que se sustenta aquel criterio. Razones que por ello no es necesario transcribir ahora, bastando con recordar la doctrina fijada en esa sentencia de 3 de junio de 2019. Dice así:

"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".

OCTAVO. *El pronunciamiento sobre costas*

En cuanto a las de la instancia, dado el pronunciamiento al que llegó la sentencia recurrida, de estimación parcial del recurso, procede, al igual que hizo dicha sentencia, no hacer especial imposición de tales costas (art. 139.1, párrafo segundo, de la LJCA).

En cuanto a las de este recurso de casación, procede que cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad (art. 93.4 de la misma Ley).

FALLO

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

No ha lugar al recurso de casación que la representación procesal de la mercantil OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L.U., interpone contra la sentencia de fecha 21 de septiembre de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el recurso contencioso-administrativo núm. 4344/2015.

Y, en cuanto a las costas, estese a lo indicado en el último de los fundamentos de derecho de esta sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, todo lo cual yo la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.