



Roj: **ATS 4479/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4479A**

Id Cendoj: **28079130012017200872**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/05/2017**

Nº de Recurso: **834/2017**

Nº de Resolución:

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

Ponente: **JESUS CUDERO BLAS**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 8619/2016,**
ATS 4479/2017,
STS 1817/2019,
AATS 1901/2020

AUTO

En la Villa de Madrid, a 16 de mayo de 2017

HECHOS

PRIMERO. La representación procesal de Extraco Construccions e Proxectos S.A. interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo núm. 1 de Santiago de Compostela que había estimado en parte el recurso interpuesto contra la desestimación presunta, por parte de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras de la Xunta de Galicia, de la reclamación de abono del importe de la liquidación de la certificación núm. 5 e intereses de demora en relación con el contrato administrativo para la ejecución de obras de construcción de un edificio para el Nuevo Parque Comarcal de Bomberos en Salgueiriños. La sentencia recurrida había estimado en parte el recurso y condenaba a la Administración a abonar a la recurrente la cantidad de 1.018.205,39 euros de principal e intereses de demora cuantificados en el interés legal más 1,5 puntos, a determinar en ejecución de sentencia .

SEGUNDO. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia con fecha de 24 de noviembre de 2016 en el recurso de apelación núm. 4422/2016, por la que estimaba parcialmente el recurso y revocaba la sentencia apelada exclusivamente a efectos de obligar al Ayuntamiento de Santiago de Compostela a abonar a la actora el IVA correspondiente al importe de la liquidación, manteniendo los restantes pronunciamientos.

Por lo que se refiere a la pretensión relativa a los intereses de demora, la sentencia, en su fundamento de derecho tercero señala lo siguiente:

<< [...] En su demanda la parte actora interesaba el pago de los intereses de demora calculados del modo que establece el artículo 7.2 de la Ley 3/2004 . En la contestación del Ayuntamiento se alegaba que el contrato incluía una cláusula que establecía como interés de demora el legal incrementado en 1,5 puntos, y que a ella había que atenerse. En el escrito de conclusiones de la demandante se hacía referencia a esta alegación, y se decía que, efectivamente, tal cláusula figuraba en el pliego aportado por la Administración, pero que éste no figuraba en el expediente, y que dicho pliego tampoco aparecía ni firmado ni sellado, por lo que se dudaba de su validez; y que, de acreditarse ésta, los intereses que correspondían eran los que seguidamente se indicaban, calculados con un aumento de 1,5 puntos sobre el interés legal. Por lo tanto, en primera instancia no se argumentó que la referida cláusula era nula por oponerse a lo establecido en la ley 3/2004, ante lo cual ha de darse la razón a la



parte apelada sobre que solicitar en el recurso de apelación la declaración de nulidad de esa cláusula constituye una cuestión nueva que no puede ser planteada [...]>>

TERCERO. La representación procesal de Extraco Construccions e Proxectos SA ha preparado recurso de casación en el que, tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada e identificar las normas de derecho estatal que se consideran infringidas, razona que las infracciones que se imputan a la sentencia son determinantes de su fallo y expone que <<[...] contrariamente a lo expuesto en la sentencia objeto de este recurso de casación, tampoco resultaba necesario invocar expresamente la nulidad de la cláusula del Pliego de hacía referencia a ese interés de demora inferior al recogido en el art.7.2 de la Ley 3/2004, toda vez que tal y como se ha venido reiterando por una abundante Jurisprudencia -por todas a título ejemplificativo se citan las sentencias de fecha 31/03/2016, rec 709/2015; 14/02/2004, rec.1151/2001; 28/05/2004, rec.465/2001; y 17/02/2006, rec.2169/2003, dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid-, en supuestos de reclamación de intereses por retraso en el pago de certificaciones y liquidaciones derivadas de contratos de obras celebrados en el ámbito local, la aceptación de ese Pliego no impide a los Jueces y Tribunales apreciar la ilegalidad de sus cláusulas al resultar dicho pacto nulo por ser contrario a una norma [...]>>.

Por lo demás, defiende la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, invocando a tal fin lo dispuesto en el artículo 88.2, letras a) b) y c) y la presunción establecida en el artículo 88.3 letra b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).

CUARTO. Por auto de 10 de febrero de 2017 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia acordó tener por preparado el recurso de casación presentado por la representación de Extraco Construccions e Proxectos SA., ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Cudero Blas, Magistrado de la Sala

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Con carácter previo resulta necesario efectuar la siguiente precisión: Extraco Construccions e Proxectos SA reclamó en su demanda los intereses de demora calculados del modo que establece el artículo 7.2 de la Ley 3/2004, como se reconoce en la sentencia. Es más: circunscribió su recurso de apelación a la pretensión de abono del IVA sobre el importe de una certificación de obra y a la fijación de unos intereses de demora superiores a los establecidos en la sentencia del Juzgado de Santiago de Compostela por entender que resultaba aplicable al caso la Ley 3/2004, de 29 de diciembre.

Quiere ello decir, por tanto, que la cuestión relativa a la aplicación del artículo 7.2 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales, fue objeto de debate en la primera instancia y fue, incluso, discutida también en la segunda, hasta el punto de que el escrito interponiendo recurso de apelación se refería, como se ha dicho, a las dos únicas pretensiones no acogidas por el Juzgado: el abono del impuesto sobre el valor añadido y el abono del tipo de interés establecido en el artículo 7.2 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre.

Sin perjuicio de que la Sala sentenciadora pueda establecer, como es lógico, lo que corresponda en relación a la eventual *cuestión nueva* a la que se refiere la Sala de A Coruña -si es que el presente recurso es finalmente admitido-, lo que compete en esta fase procesal a esta Sección es determinar si aquella pretensión sobre los intereses de demora - rechazada por el Juzgado y por la Sala en segunda instancia- presenta o no interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Expresado en otros términos: aun cuando la circunstancia impeditiva del análisis de la pretensión ejercitada (la *cuestión nueva*, en nuestro caso) careciera de interés casacional, cabría admitir a trámite el recurso preparado si el fondo de las pretensiones deducidas por el interesado (rechazadas por mor de aquella objeción de naturaleza procesal) pudiera encuadrarse en alguno de los supuestos a los que se refieren los apartados segundo y tercero del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional, lo que obliga a la Sección de Admisión a analizar si la aplicación al caso del artículo 7.2 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, constituye una cuestión respecto de la cual el recurrente ha justificado la concurrencia de alguno o algunos de los supuestos previstos en aquellos apartados, en los términos exigidos por el artículo 89.2.f) de la misma ley procesal.

SEGUNDO. Dicho lo anterior y cumplidas en el escrito de preparación las exigencias que impone el artículo 89.2 de la LJCA en cuanto a los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificadas las normas de derecho estatal infringidas y efectuado el oportuno juicio de relevancia, la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de forma coincidente con el criterio expresado en el auto de 22 de febrero de 2017 (recurso núm. 224/2016), en el que se planteaba una cuestión



sustancialmente idéntica a la que ahora abordamos, entiende que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la cuestión atinente a la interpretación que haya de darse a 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.

Como afirmábamos en nuestro auto de 22 de febrero de 2017, entendemos, en efecto, que resulta necesario determinar si, en el ámbito de la contratación pública, la demora en el pago del precio al contratista implicará que la Administración deba abonarle ineluctablemente los intereses establecidos en el artículo 7.2 de la Ley 3/2004 o si, por el contrario, tal precepto (con el incremento que contiene) solo resultará de aplicación en los casos en los que no exista pacto entre las partes consignado en el contrato. Dicho de otro modo, si la remisión que efectúa el precepto de la Ley de Contratos del Sector Público a la ley contra la morosidad ha de entenderse efectuada necesariamente al tipo legal establecido en su artículo 7.2 o si, por el contrario, el mismo debe ceder cuando, como sucede en el caso de autos, las partes han pactado un tipo de interés distinto.

El interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia se ampara, a nuestro juicio, en la circunstancia de que la sentencia recurrida (que, en definitiva, entiende que ha de estarse al pacto entre las partes) se sustenta en una interpretación de los preceptos aplicables que resulta contradictoria con la establecida por otros órganos jurisdiccionales - artículo 88.2.a) de la LJCA-. En concreto, tal interpretación difiere de la alcanzada por la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con fecha de 31 de marzo de 2013, en el recurso 709/2015, y las citadas en ella de la misma Sala, que consideran << [...] que el pacto de reducción del interés de demora realizado es contrario a la Ley y por lo tanto nulo y así debe de ser declarado, ya que aunque el Pliego fuera aceptado por las partes mediante su incorporación al contrato y sea "ley del contrato" ello tan solo lo es si no es contrario a normas de rango superior, o incurre en nulidad, por lo que si se producen estas infracciones la aceptación de ese Pliego no impide a los Jueces y Tribunales apreciar la ilegalidad de sus cláusulas aunque sea con ocasión de la impugnación de la ejecución del contrato [...]>>.

TERCERO. Por tanto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 88.1 y 90.4 de la LJCA, procede admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Extraco Construccions e Proxectos SA contra la sentencia núm. 702/2016, de 24 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sección Segunda), dictada en el recurso de apelación núm. 4422/2016.

Y, a tal efecto, precisamos que las cuestiones en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las mencionadas en el razonamiento jurídico anterior y señalamos, además, que las normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación son las contenidas en 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. Conforme dispone el artículo 90.7 LJCA, este auto se publicará íntegramente en la sede electrónica del Tribunal Supremo.

Por lo expuesto, en el recurso de casación registrado en la Sala Tercera del Tribunal Supremo con el núm. **834/2017**:

La Sección de Admisión

acuerda:

Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de la entidad mercantil Extraco Construccions e Proxectos SA contra la sentencia de 24 de noviembre de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sección Segunda) en el procedimiento ordinario núm. 4422/2016.

Segundo. Precisar, como ya hicimos en el auto de 22 de febrero de 2017 (recurso de casación núm. 224/2016), 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.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme.

Así lo acuerdan y firman. D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Segundo Menendez Perez D. Octavio Juan Herrero Pina D. Eduardo Calvo Rojas D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco D. Diego Cordoba Castroverde D. Jose Juan Suay Rincon D. Jesus Cudero Blas