



Roj: **STSJ M 7624/2016 - ECLI: ES:TSJM:2016:7624**

Id Cendoj: **28079330032016100408**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **15/06/2016**

Nº de Recurso: **287/2015**

Nº de Resolución: **181/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA FATIMA ARANA AZPITARTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009750

NIG: 28.079.00.3-2015/0009581

Recurso número 287/2015

Ponente: Doña Fátima Arana Azpitarte

Recurrente: CLECE S.A.

Procurador: Don Manuel Sánchez-Puelles y González Carvajal

Demandado: Comunidad de Madrid

SENTENCIA n° 181

Ilmo. Sr. Presidente:

Don Gustavo Lescure Ceñal

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña Fátima Arana Azpitarte

Don Rafael Estévez Pendás

En la ciudad de Madrid, a 15 de junio del año 2016, visto por la Sala el recurso arriba referido, interpuesto por el Procurador Don Manuel Sánchez-Puelles y González Carvajal ,en representación de CLECE S.A., contra la inactividad de la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid en relación con la reclamación presentada por la actora en fecha 15 de diciembre de 2014 instando el pago de intereses de demora por el abono tardío de diversas facturas emitidas durante la ejecución del contrato denominado " Gestión del Complejo Asistencial de Vallecas para personas mayores afectadas de la enfermedad de Alzheimer (Residencia Centro de día y Centro de Formación)" por importe de 186.032,50 euros.

Es ponente de esta Sentencia la Ilma. Sra. Doña Fátima Arana Azpitarte , que expresa el parecer de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpuso este Recurso contencioso-administrativo formalizándose demanda por la recurrente en la que terminaba suplicando una Sentencia estimatoria del recurso con base a los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la demanda.



SEGUNDO.- El demandado contestó a la demanda exponiendo lo que estimó oportuno, solicitando la desestimación del recurso.

TERCERO.- No habiéndose solicitado por las partes el trámite de conclusiones, quedaron los autos para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 15 de junio del año 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo por la mercantil CLECE S.A. la inactividad de la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid en relación con la reclamación presentada por la actora en fecha 15 de diciembre de 2014, instando el pago de intereses de demora por el abono tardío de diversas facturas emitidas durante la ejecución del contrato denominado " Gestión del Complejo Asistencial de Vallecas para personas mayores afectadas de la enfermedad de Alzheimer (Residencia Centro de día y Centro de Formación)" por importe de 186.032,50 euros.

En su demanda la recurrente reclama la cantidad de 186.032,50 euros más los intereses generados por estos intereses (anatocismo) desde la fecha de interposición del recurso, manifestando reclamar los intereses de demora desde el transcurso del plazo de 60 días desde la fecha de cada factura conforme a lo establecido en el art 99 del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas , hasta el momento de su abono definitivo y efectivo.

La Administración demandada opone que no procede el abono de intereses de demora por el pago tardío de las facturas por aplicación de lo dispuesto en el art. 1101 del Código Civil que establece que el recibo del capital por el acreedor sin reserva alguna respecto de los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto a los mismos, sin que en el caso presente exista constancia en el expediente administrativo de que en el momento del pago de las facturas se hiciera por la actora manifestación alguna respecto a la liquidación de intereses, alega asimismo respecto del cómputo de los intereses de demora que la actora ha establecido los sesenta días previstos para el pago en los dos meses siguientes a la fecha de la correspondiente certificación de pago ,equiparando por tanto el plazo de 60 días con el plazo de dos meses, en cuanto al "dies quo " alega que debe de tenerse en cuenta el tiempo transcurrido desde que las facturas tuvieron entrada en la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, siendo a partir de dicho momento cuando el organismo contratante toma conocimiento de la certificación y puede iniciar el proceso de pago, en cuanto a la fecha final de devengo entiende ha de serlo el día de la recepción de la orden de pago por transferencia de la entidad financiera a la que se ordena su realización que es la que produce efectos liberatorio para la Administración demandada, alega asimismo que debe excluirse el I.V.A. del importe de cada factura a efectos de la determinación de la base de cálculo de los intereses moratorios.

Con relación al anatocismo el Letrado de la Comunidad de Madrid manifiesta que sólo procede cuando en vía administrativa se hubiesen reclamado los intereses de demora en cantidad líquida, añadiendo que la reclamación de intereses no se ajusta a la legalidad vigente, conteniendo una pretensión desproporcionada, lo que determina que no puedan haberse devengado nuevos intereses en tanto no se fije de manera correcta la cantidad líquida que corresponde por los intereses iniciales.

SEGUNDO.- Como hemos expuesto, la Comunidad de Madrid se opone en primer lugar a la prosperabilidad del recurso alegando la improcedencia de la reclamación de intereses formulada de contrario al no constar que la recurrente hiciera reserva ni alegación alguna respecto de su derecho de reclamar intereses de demora cuando cobró las facturas, por lo que de conformidad con el art. 1.110 del Código Civil alega se habría producido una clara extinción del derecho a reclamar intereses de demora , habiendo devenido los mencionados actos administrativos consentidos al no haber sido recurridos en tiempo y forma.

El motivo de oposición debe de ser rechazado. El artículo 1.110 del Código Civil en el que la Administración demandada funda su postura no es de aplicación en la contratación administrativa , pues en los contratos administrativos el devengo de los intereses de demora por retraso en el pago de lo debido por la Administración, se produce ex lege, sin necesidad por tanto de manifestación alguna del acreedor demostrativa de su rechazo a la renuncia tácita a los intereses que regula el precepto citado del Código Civil, y basta para verificar la conclusión que mantenemos la lectura del art. 99 del TRLCAP , del que aparece con claridad meridiana que el devengo de intereses de demora por el retraso en el pago de lo debido es automático, y se produce por el simple transcurso de los plazos establecidos en esa legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

El consentimiento del contratista lo que hace firme son los conceptos que integran la certificación ó la factura, pero no otros conceptos distintos que en puridad no forman parte de ella, y que por eso en principio no tienen por qué ser incluidos en ella, como ocurre con los intereses de demora devengados por el retraso en el pago del principal de las facturas.



Avala la tesis anterior la Jurisprudencia de la Sala 3ª Tribunal Supremo, de la que sirve de ejemplo la Sentencia de su Sección 7ª de fecha 22 de mayo del año 2001, dictada en el Recurso número 1910/1996 , en la que se dice lo que sigue:

" **SEGUNDO.**- El recurso se funda en un único motivo, acogido al número 4 del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción de 1.956 (L.J.), por infracción del artículo 172 del Reglamento General de Contratación del Estado , aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre , que exige, para que el contratista tenga derecho a percibir el interés legal por demora en el pago de la liquidación provisional del contrato, que intime por escrito a la Administración dicho pago (párrafo último). En opinión de la parte recurrente en casación no ha tenido lugar en el caso enjuiciado la intimación de pago, porque el escrito de 16 de febrero de 1993 no contiene tal intimación, sino que en él simplemente se pide a la Administración que, una vez pagado el principal, se liquiden los intereses de demora. La alegación carece de una mínima fundamentación en derecho. En el escrito fechado el 16 de febrero de 1993, dirigido al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, "C., S.A." solicita que se tenga por interpuesta "petición de pago" de intereses de demora de la liquidación provisional de la obra Reparación General en el Polígono San Roque de Badalona, cuantificando incluso la cifra que pide que se le abone. La intimación de pago no es otra cosa que su petición o reclamación, por lo que esta primera fundamentación del motivo debe desestimarse. El señor Abogado del Estado mantiene, con carácter subsidiario, que si el escrito de 16 de febrero de 1993 constituye una intimación, la misma resulta extemporánea, ya que dicho escrito fue presentado después de pagado el principal, por lo que el no haberlo hecho antes implica por parte del acreedor una renuncia de los intereses , no pudiendo decirse que la Administración se encontraba aún en mora. También este segundo fundamento en que se apoya el motivo de casación debe ser desestimado. La jurisprudencia tiene declarado que la intimación en estos supuestos es un requisito meramente formal, que pone en marcha la actuación administrativa, pero no un requisito sustancial condicionante de la constitución en mora, ya que la finalización del plazo para que la Administración incurra en mora actúa "ope legis", según el principio "dies interpellat pro homine" (sentencia de 6 de marzo de 1995 , que confirma lo ya expuesto en sentencia de 28 de septiembre de 1993). Por su parte la sentencia de 8 de febrero de 1993 , refiriéndose a la reclamación de intereses de demora en la contratación administrativa, expone que hay que descartar en esta materia la aplicación del artículo 1110 del Código Civil (según el cual el recibo del capital por el acreedor, sin reserva alguna respecto a los intereses , extingue la obligación del deudor en cuanto a éstos) pues tiene preferencia el artículo 172 del Reglamento de Contratación , del cual resulta que la mora se produce "ex lege", cuando el pago del capital no tiene lugar dentro del plazo legalmente establecido. En consecuencia, el hecho de que la reclamación de los intereses de demora se produjese después de cobrado por el contratista el importe de la liquidación provisional no impide la constitución en mora de la Administración y la obligación de satisfacer los correspondientes intereses . "

TERCERO.- En relación a si los intereses de demora han de ser calculados sobre el importe de las facturas con ó sin IVA, hemos de realizar las siguientes consideraciones.

El artículo 75.1 de la Ley 37/1992 , preceptúa que se devengará el impuesto: 1º) En las entregas de bienes, cuando tenga lugar su puesta a disposición de adquirente o, en su caso, cuando, se efectúen conforme a la legislación que les sea aplicable. 2º) En las prestaciones de servicios, cuando se presten, ejecuten o efectúen las operaciones gravadas. En cambio, en el artículo 75. 2 se estipula que el impuesto se devengará en el momento del cobro total o parcial del precio y por los importes efectivamente percibidos, cuando se hayan efectuado pagos anticipados a la realización del hecho imponible. En este supuesto, el IVA no se devenga hasta que se haya producido el pago, por lo que el interés de demora solo operará sobre el precio cierto del contrato, pero no sobre la cuota tributaria del IVA, cuyo retraso en el abono a la empresa no le supone perjuicio.

Esta Sala tiene dicho, entre otras en Sentencias de 17 de Octubre del 2002 y 6 de Marzo del 2006 , en supuestos en el que el abono del precio total del contrato se realiza mediante abonos a cuenta justificados en la correspondiente factura, que se trata de un supuesto encuadrable en el artículo 75.2 de la Ley 37/1992 , por lo que no procede incluir el IVA en la base de cálculo de los intereses de demora, pues la cantidad sobre la que aplicar los referidos intereses no puede ser otra que el principal de la deuda, esto es, el precio cierto o de contrata y no el importe del IVA girado sobre la misma, y ello por las razones siguientes: a) Se piden intereses de demora- de carácter obviamente resarcitorio- sobre una cantidad tributaria respecto de la cual la empresa constructora no sufre perjuicio alguno por el retraso en el pago. Quien podría exigir el pago de los intereses moratorios es la Administración Tributaria que sufre los efectos perjudiciales del retraso en el cobro del IVA, pero no la empresa demandante que, en realidad, dado el carácter neutral del impuesto, no lo soporta mientras no recibe el pago de la cuota tributaria. La empresa no tiene que "adelantar" a la Hacienda Pública, antes de su devengo, el pago del tributo (hecho que si legitimaría la solicitud de resarcimiento de los intereses sobre tal cantidad) sino que se limita a repercutirlo sobre la entidad contratante, quien por su parte queda obligada a soportarlo, pero no con anterioridad "al momento del devengo de dicho impuesto". b) Si el IVA se devenga, pues, precisamente en el momento del cobro parcial del precio por los importes efectivamente percibidos cuando se trata de operaciones sujetas que originen pagos anticipados, hasta tanto dicho pago no se haya producido de



hecho no se ha producido tampoco el devengo del tributo, ni el sujeto sobre el que ha de repercutirse el importe del mismo tiene obligación de soportar dicha repercusión, por lo que debe desestimarse esta pretensión del recurrente.

A lo expuesto añadimos que, aún en el supuesto de que el devengo del impuesto se hubiera producido, conforme al artículo 75.1 de la Ley 37/1992, la inclusión de la cantidad a satisfacer por IVA en la suma computable a los efectos de exigencia de intereses se hace depender de la circunstancia de que el impuesto hubiera sido efectivamente satisfecho por el contratista, lo que hubiese originado el consiguiente perjuicio al no haber percibido en el momento el importe de lo abonado.

En dicho sentido se ha pronunciado la STS de 12 de Julio del 2004 y esta Sala, en Sentencia de 15 de Diciembre del 2006, entre otras, señalando que si el fundamento de la obligación de satisfacer intereses moratorios se basa en el perjuicio inferido al acreedor que no percibe puntualmente el precio estipulado, lo que no necesita de otra demostración que la realidad del retraso en el pago, cuando se trata del IVA correspondiente a cada certificación o factura, la cuestión del perjuicio es diferente, porque el contratista no es "acreedor" del IVA, por lo que el pago tardío de las certificaciones solo le originará un perjuicio real y efectivo si acredita debidamente que el efectivo abono del impuesto se ha producido, pero si no se ha abonado, no se puede hablar de perjuicio, aunque las certificaciones se paguen con retraso, y ello porque el contratista no ostenta un derecho sobre la cuota del IVA, porque dicha cuota no le pertenece a él sino a la Administración Tributaria. En consecuencia, la inclusión del IVA en la base del cálculo de los intereses de demora que nacen del pago tardío de las certificaciones, solo procederá si el contratista demuestra que ha ingresado el IVA correspondiente a cada certificación o factura con cargo a sus fondos y con anterioridad al pago de cada una de las certificaciones o facturas por la Administración contratante, siendo la carga de la prueba del contratista.

En el caso de autos, según resulta de la reclamación de intereses realizada, la actora está reclamando intereses sobre el principal de cada factura IVA incluido sin acreditar en absoluto haber realizado su ingreso antes de su cobro, situación en que los intereses de demora han de ser calculados sobre el importe de las facturas sin IVA tal como sostiene la Comunidad de Madrid.

CUARTO.- Por otra parte, en orden al inicio del devengo de intereses de demora, el artículo 99. 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, aplicable *ratione temporis* al caso presente dada la fecha de adjudicación del contrato de litis (Disposición Transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), disponía que la Administración tenía 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 acreditaran la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el apartado 4 del artículo 110, y, si se demorase, debería 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.

Así el plazo de carencia es efectivamente de 60 días y no de dos meses, sin embargo no apreciamos que la recurrente esté reclamando los intereses con una carencia de dos meses sino que examinados los cuadros que aporta de ellos resulta que la carencia que aplica es la de 60 días, excepto desde la factura 885960012113 de fecha 31/03/2013 en adelante en que apreciamos aplica un plazo de carencia de 30 días lo que no es correcto debiendo de ser de 60 días.

El plazo de sesenta días se inicia desde la fecha de expedición de cada certificación o factura, lo que desmonta, como ya señalamos en la Sentencia de 17 de febrero del año en curso, la alegación de la Administración demandada con relación a la consideración de la fecha de presentación de la factura ante la Administración interesando el abono de la misma.

Asimismo, esta Sala tiene dicho en múltiples ocasiones que la fecha final del plazo no viene determinada por la fecha de libramiento de la cantidad por la Administración, ni por el día de la recepción de la orden de pago por transferencia de la entidad financiera a la que se ordena su realización, sino por el momento en que el contratista percibe el importe de la certificación o factura, esto es, la fecha del cobro efectivo, salvo que el retraso fuera imputable exclusivamente al receptor, lo que no ha sido acreditado por la Comunidad de Madrid. Por tanto, debe atenderse a la fecha de ingreso del importe de las facturas en la cuenta del acreedor.

En consecuencia, únicamente procede la estimación parcial del recurso, declarando el derecho del recurrente al abono de intereses de demora por el retraso en el pago de las facturas a que esta Litis se refiere que se calcularán de la siguiente forma en ejecución de Sentencia si fuera necesario: la base de cálculo será el importe de cada factura IVA excluido, el día inicial de devengo de intereses será el del transcurso de 60 días desde la fecha de cada factura, el día final será el del cobro efectivo por parte del recurrente y el interés de demora a aplicar será el previsto en la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las



operaciones comerciales ,Ley 3/2004 de 29 de diciembre , sin tener en cuenta las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, que no son de aplicación al caso presente por razones cronológicas.

QUINTO.- Finalmente, no procede el abono del interés legal de los intereses reclamados, por cuanto que el Tribunal Supremo, tiene reiteradamente declarado, entre otras en Sentencias de 6 de Julio del 2001 , 29 de Abril y 5 de Julio del 2002 , que el anatocismo o intereses legales de los intereses de demora tiene lugar cuando estos últimos han sido claramente determinados y configurados como líquidos, según doctrina jurisprudencial dictada con relación al artículo 1109 del Código Civil , lo que no sucede cuando los parámetros de que ha de partirse para su cómputo son distintos de los que antes reclamaron y se tuvieron en cuenta, como ocurre en el presente caso en el que los parámetros de cobro y la liquidación de intereses se fija en Sentencia.

SEXTO.- No procede hacer expresa imposición de las costas de este recurso en los términos del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional .

Vistos los preceptos citados y demás de general y concordante aplicación,

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Don Manuel Sánchez-Puelles y González Carvajal ,en representación de CLECE S.A., contra la inactividad de la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid en relación con la reclamación presentada por la actora en fecha 15 de diciembre de 2014 a que esta Litis se refiere, declaramos el derecho de la actora y condenamos a la Administración demandada al abono de los intereses de demora por el pago tardío de las facturas que reclama, cantidad que se determinará en ejecución de Sentencia ,si fuera necesario, teniendo en cuenta los parámetros establecidos en el fundamento de derecho cuarto in fine de esta Sentencia; sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

Así por esta nuestra Sentencia, contra la que no cabe recurso ordinario alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, en el día de la fecha, hallándose celebrado audiencia pública en la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de lo que doy fe.