



Roj: **STS 2745/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:2745**

Id Cendoj: **28079130072014100220**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **14/05/2014**

Nº de Recurso: **1598/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Mayo de dos mil catorce.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso de casación que con el número 1598/2013 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la JUNTA DE ANDALUCÍA, representada por la Letrada de sus Servicios Jurídicos, contra la sentencia de 13 de marzo de 2013 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (dictada en el recurso núm. 959/2011).

Siendo parte recurrida la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN, representada por el Procurador don Argimiro Vázquez Guillén.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia recurrida contiene una parte dispositiva que copiada literalmente dice:

" **FALLAMOS:**

*Rechazando la causa de inadmisibilidad, debemos **ESTIMAR Y ESTIMAMOS** el recurso interpuesto por **CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN** la Resolución de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte de la Junta de Andalucía de 7 de noviembre de 2011, por la que se desestima expresamente el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra el pliego regulador de la licitación para la adjudicación del contrato de 1º FASE DE REMODELACIÓN DE LA CIUDAD DEPORTIVA DE HUELVA EXPEDIENTE T0060B0110HU, que anulamos por no ser ajustada a derecho, dejando sin validez las cláusulas del Pliego referidas a los plazos de pago, intereses y en concreto los artículos 18.2 y 3, 25 y el Anexo 13. Con costas (máximo 2.000 euros)".*

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia intentó recurso de casación la representación de la JUNTA DE ANDALUCÍA, y la Sala de instancia lo tuvo por preparado y acordó emplazar a las partes y remitir las actuaciones a este Tribunal Supremo.

TERCERO.- En el escrito de interposición, después de exponer los motivos en que se apoyaba el recurso de casación, se suplicó a la Sala:

"Tenga (...) por formulado recurso de casación contra sentencia de 13 de marzo de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, Sección Primera, dictada en el recurso núm. 959/11 y en mérito de lo expuesto, estime dicho recurso, casando la mencionada Sentencia, y en consecuencia desestime la demanda en todos sus pedimentos".

CUARTO.- La CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN se opuso al recurso de casación, pidiendo su desestimación y la ratificación de la sentencia recurrida en todos sus extremos, así como la condena en costas a la Junta de Andalucía.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 30 de abril de 2014.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución de 6 de octubre de 2011 del Secretario General para el Deporte de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte de la JUNTA DE Andalucía aprobó el expediente de contratación de la Primera Fase de remodelación de la Ciudad Deportiva de Huelva y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, así como la apertura del procedimiento de adjudicación abierto (Expediente T006OB0110HU).

La CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN planteó contra ese Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares el recurso especial en materia de contratación previsto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público - LCSP-, en el que solicitó lo siguiente:

"declarar nulas y sin efecto ni validez alguna las cláusulas del mismo referidas al interés, forma de pago, reajuste de anualidades y financiación y, en concreto, las cláusulas 18.2, 18.3, 25 y Anexos nº 11 "criterios de adjudicación y nº 13 relativa al ajuste de anualidades".

La resolución de 7 de noviembre de 2011 de la Secretaría General para el Deporte, de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte de la JUNTA DE ANDALUCÍA desestimó dicho recurso.

El proceso de instancia fue promovido por la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN mediante un recurso contencioso administrativo dirigido contra la actuación administrativa anterior, y en la demanda luego formalizada se reiteró la petición de nulidad de los artículos 18 y 25 del mencionado Pliego y de su Anexo 13.

La sentencia recurrida en esta casación rechazó las excepciones de inadmisibilidad que fueron opuestas por la JUNTA DE ANDALUCÍA y estimó el recurso contencioso-administrativo, anulando la resolución directamente recurrida y *"dejando sin validez las cláusulas del Pliego referidas a los plazos de pago, intereses y en concreto los artículos 18.2 y 3, 25 y el Anexo 13"*.

El actual recurso de casación ha sido interpuesto por la JUNTA DE ANDALUCÍA.

SEGUNDO.- Las cláusulas y el anexo del Pliego litigioso que han sido anuladas tenían este contenido:

" 18.2. Anualidades.

Cualquiera que sea el importe de la obra ejecutada, de las certificaciones expedidas o el que figure en el programa de trabajo aprobado y aceptado por la Administración, la empresa contratista no tendrá derecho a percibir en cada año una cantidad mayor que la consignada en la anualidad correspondiente.

La Administración tiene la facultad de reajustar las anualidades aprobadas, para adecuarlas al ritmo efectivo de las obras, de conformidad con lo establecido en el artículo 96 del RGLCAP.

En el procedimiento del reajuste de anualidades no será necesario dar audiencia a la empresa contratista en el supuesto de que el mismo hubiese otorgado previamente su conformidad aportando en la licitación la documentación exigida en la cláusula 9.2.2. e) del presente pliego, en cuyo caso bastará la simple comunicación a la misma.

18.3. Abonos de las unidades de obra.

La empresa contratista tendrá derecho al abono de la obra que realmente ejecute con estricta sujeción al proyecto aprobado, en los términos establecidos en la LCSP y en el presente pliego.

La empresa contratista tendrá también derecho a percibir abonos a cuenta por acopio de materiales y por instalaciones y equipos, con los límites y requisitos establecidos en los artículos 155 y 156 del RGLCAP, debiendo asegurarse los referidos pagos mediante la prestación de garantía.

A los efectos del pago de la obra ejecutada, de conformidad con lo establecido en el artículo 215 de la LCSP, la Dirección Facultativa expedirá, con la periodicidad que se establece en el anexo 1, las certificaciones comprensivas de la obra ejecutada durante dicho periodo de tiempo, cuyos abonos tendrán el concepto de pagos a cuenta sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y sin suponer, en forma alguna, aprobación y rece de las obras que comprenden.

Cuando la periodicidad de las certificaciones se haya establecido como trimestral, éstas se presentarán antes del día diez de los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre. Si la periodicidad establecida es anual la certificación se presentará antes del día diez del mes de junio. En cualquiera de los casos la última certificación se presentará en el mes que efectivamente hayan finalizado las obras.



La Dirección Facultativa, de conformidad con lo establecido en los artículos 147 a 150 del RGLCAP, realizará, con la antelación necesaria, las actuaciones que correspondan para que el informe detallado del estado de las obras, la correspondiente relación valorada a origen y, cuando así proceda por su periodicidad, las certificaciones de obra y de dirección obren en poder de la Administración y de la empresa contratista con anterioridad al día 10 del mes siguiente al que correspondan.

La audiencia a la empresa contratista sobre la documentación expresada en el párrafo anterior se efectuará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149 del RGLCAP.

Conforme a los plazos establecidos en los artículos 149 y 150 del RGLCAP y a los indicados en los párrafos anteriores, se considerará como fecha de expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, a los efectos previstos en el apartado 4 del artículo 200 de la LCSP, el décimo día del mes siguiente al que correspondan, todo ello sin perjuicio de que, en su caso, sean de aplicación lo previsto en los artículos 144.4 y 152 del RGLCAP, así como todos aquellos supuestos previstos en el presente pliego en los que la Dirección Facultativa puede, en su caso, no dar curso a las certificaciones sin derecho a intereses de demora por retraso en el pago de estas certificaciones.

Así mismo en las certificaciones que se extiendan excediendo del importe de las anualidades que rijan en el contrato no se contará el plazo previsto en el artículo 200 de la LCSP desde la fecha de su expedición, sino desde aquella otra posterior en la que con arreglo a las condiciones convenidas y programas de trabajo aprobados deberían producirse.

El procedimiento para la medición y valoración de las obras que se certifiquen se realizará de acuerdo con lo establecido en los artículos 147 y 148 del RGLCAP.

Los criterios técnicos a seguir para la medición de las distintas unidades de obra, atenderán a los fijados en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares del proyecto aprobado por la Administración, o en su defecto a los indicados en los epígrafes de cada unidad de obra en el documento de precios unitarios descompuestos del proyecto. En caso de dudas, olvidos u omisiones, en los criterios anteriormente establecidos, se atenderá al siguiente orden de prelación:

- a) Los criterios marcados, en su caso, en la descomposición de los precios unitarios.
- b) Los establecidos en el Banco de Precios "Base de Costes de la Construcción de Andalucía" de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía, que haya servido de base en la redacción del proyecto.
- c) Los seguidos en la medición del proyecto, sin que en ningún caso los errores, excesos o imprecisiones de dichas mediciones puedan constituirse en sí mismos en criterios.

Junto con cada una de las certificaciones deberán presentarse los siguientes documentos:

- a) Los correspondientes informes mensuales, incluidos los establecidos en la cláusula 16.2.b) del presente pliego.
- b) La relación valorada.
- c) Copia del Libro de Órdenes.
- d) Copia del Libro de Incidencias.
- e) Copia de los Controles y Ensayos efectuados.
- f) Relación actualizada de las partes de la obra a realizar mediante subcontratas, con indicación del presupuesto de las mismas, a los efectos previstos en el artículo 210 de la LCSP.

Tanto en los informes mensuales como en las relaciones valoradas se recogerán las variaciones de medición que se produzcan respecto de las establecidas en el proyecto aprobado. No obstante en las certificaciones mensuales no se podrá recoger mayor medición que la que figura para cada una de las partidas en el proyecto aprobado, dejándose los posibles excesos de medición, que en su caso hubiera, para la certificación final de las obras.

Igualmente, la Dirección Facultativa deberá redactar, cuando proceda, el presupuesto adicional por revisión de precios.

25. Abonos de intereses de demora y costes de cobro.

Si como consecuencia de retrasos en el pago del precio por parte de la Administración procediera el abono de intereses de demora, los mismos se calcularán considerando las fechas de expedición de las certificaciones incluidas en la cláusula 18, y el cumplimiento de los plazos para su devengo establecidos en los artículos 200 de la LCSP y 166.9 y 169.3 del RGLCAP.



A estos efectos el abono de interés a la empresa contratista se efectuará de conformidad con los siguientes criterios:

a) El interés de demora se calculará sobre el importe de la obligación pecuniaria principal, excluidos el IVA y los demás tributos que graven la operación.

Así mismo en las certificaciones que se extiendan excediendo del importe de las anualidades que rijan en el contrato no se contará el plazo previsto en el artículo 200.4 de la LCSP desde la fecha de su expedición, sino desde aquélla otra posterior en la que con arreglo a las condiciones convenidas y programas de trabajo aprobados deberían producirse.

b) No procederá el devengo de interés alguno en caso de retraso en el pago de los abonos a cuenta por operaciones preparatorias realizadas como instalaciones y acopios de materiales y equipos, por lo que las cantidades abonadas por estos conceptos se descontarán de las que por la ejecución de contrato deban abonarse, a los efectos de la determinación del importe respecto del que se hayan de calcular, en su caso, los intereses de demora.

c) Cuando se trate del pago de certificaciones, anteriores a la recepción de la obra, se utilizará como tipo de interés el aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate.

d) En la certificación final de obra y en la liquidación se aplicará la siguiente escala:

- Pagos hasta 6.000 ? Tipo de referencia más 7 puntos.
- Pagos entre 6.000 ? y 18.000? Tipo de referencia más 6 puntos.
- Pagos entre 18.000? y 36.000? Tipo de referencia más 5 puntos.
- Pagos entre 36.000 ? y 60.000? Tipo de referencia más 4 puntos.
- Pagos entre 60.000 ? y 100.000? Tipo de referencia más 3 puntos.
- Pagos entre 100.000? y 500.000? Tipo de referencia más 2 puntos.
- Pagos entre 500.000? y 1.000.000 ? Tipo de referencia más 1 punto.
- Pagos de más de 1.000.000 ? Tipo de referencia.

A estos efectos se entenderá como Tipo de referencia el indicado en el apartado c) anterior.

Para la aplicación de la escala anterior no podrán acumularse cantidades devengadas en plazos diferentes.

También procederá, en su caso, la indemnización por costes de cobro en los términos y condiciones establecidas en el artículo 8 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre .

Será requisito para que la entidad acreedora pueda exigir el reconocimiento del derecho al cobro de intereses de demora y de la indemnización por costes de cobro el cumplimiento por su parte de las obligaciones contractuales y legales.

A tal efecto, en el expediente que se tramite para dicho reconocimiento deberá acreditar:

a) El haber cumplido los plazos pactados con las empresas subcontratistas y suministradores del contrato de que se trate, dentro de los límites legales, para el pago de las prestaciones pecuniarias a que esté obligado, acompañando a tal fin la justificación acreditativa de dicho cumplimiento.

b) El haber cumplido todas las obligaciones derivadas del contrato, incluidas en su caso las contenidas en su oferta, y especialmente las referentes a los plazos total y parciales, así como los del ritmo de ejecución de la obra establecido en el Programa de Trabajo aprobado por la Administración. A estos efectos se acompañará certificado de la Dirección Facultativa de la obra conformado por la persona Responsable del Contrato designado por la Administración.

ANEXO 13

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Y BAREMOS DE VALORACIÓN

A) CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN OBJETIVOS:

Los criterios de adjudicación objetivos se valorarán con un máximo de **140 puntos** .

1.- La proposición económica y su adecuación a los costes reales del mercado se valorará con un máximo de **70 puntos** .



- Se otorgará la máxima puntuación (70 puntos), a la oferta más baja, siempre que no sea considerada desproporcionada o anormal según los criterios complementarios establecidos en este pliego.
- El resto de las ofertas, se baremarán con arreglo al criterio de la proporcionalidad lineal, en función de la baja ofertada.

2.- Autorización a la Administración para ajustar anualidades del contrato: **6 puntos** si se aporta la autorización, **0 puntos** si no se aporta.

3.- Mejoras: máximo de **64 puntos**, puntuación según anexo 12 en función de las mejoras ofertadas".

TERCERO.- El desarrollo argumental que llevó a cabo la sentencia de instancia para justificar su pronunciamiento anulatorio fue el que continúa.

- Sobre la **cláusula 18.2** razonó así:

"Dicha cláusula supone una clara vulneración del artículo 200 de la Ley de Contratos, que determina legalmente el plazo de pago en los contratos administrativos desde la fecha de expe(n)dición, estando por otra parte prohibido el pago aplazado salvo los supuestos contemplados en el artículo 75.7 de la Ley de Contratos. Por supuesto nada que objetar a la alegación del letrado de la Junta, sobre la imposibilidad de comprometer créditos por importe superior a lo presupuestado, pero la Ley Sectorial y específica es de preferente aplicación, sin olvidar que las certificaciones de obra son emitidas por el personal técnico de la administración, y que es ésta y no el contratista la que ajusta las anualidades, que el contratista ejecuta las obras conforme a los planes aprobados y porque además no se debe licitar una obra sin la necesaria existencia de crédito par(a) iniciar el expediente de contra(ta)ción.

Por tanto ejecutadas las obras conforme al programa aprobado y aceptado por la Administración que emite las certificaciones deben ser abonadas conforme al artículo 200 de la Ley 30/2007 en el plazo de 60 días desde la expe(n)dición de la certificación, ya que la facultad de la administración para reajustar las anualidades no puede alterar el régimen jurídico respecto a la obra ejecutada y certificada".

- Sobre la **cláusula 18.3** declaró:

"De ahí que el apartado tercero de la cláusula 18, también resulte contrario al artículo 200 de la ley de Contratos, al establecer que no se pague toda la obra ejecutada, sino sólo la parte que se haya establecido en la anualidad y en lo que excede no se paga en el plazo previsto en la Ley, sino que se demora a la certificación final, quedando al arbitrio de la Administración los plazos legales establecidos y por tanto el cumplimiento de sus obligaciones legales, afectando al principio de igualdad de trato, transparencia y concurrencia que rigen la contratación administrativa".

- Sobre la **cláusula 25** expuso lo siguiente:

"En cuanto al abono de intereses y costes de cobro regulado en el apartado 25 del pliego, también modifica a su antojo el régimen jurídico establecido en la Ley de Contratos y Ley de medias de lucha contra la morosidad, al alterar el plazo, el cómputo de inicio, la forma de pago establecidas en el artículo 200 y 215 de la Ley de contratos, así como el tipo de interés establecido en la Ley, ya que a partir de la entrada en vigor de la Ley 15/2010 que modifica la Ley 3/2004 como establece su preámbulo queda suprimida la posibilidad de pacto al respecto, de ahí que la Recomendación de la Junta Consultiva en las que se sustenta el Pliego, queda sin vigencia al derogar la Ley toda norma que se oponga a la misma. Por tanto esa dilatada forma de pago, la eliminación de intereses en las certificaciones de acopio y la reducción de los tipos de interés, suponen, la imposición de unas condiciones abusivas prohibidas por la Ley 15/2010 (artículo 9) y contrarias a los principios de igualdad y proporcionalidad que deben estar presentes en la contratación administrativa.

(...). También debe anularse por ser contraria a la Ley, la cláusula 25 en cuanto a la inclusión de terceros ajenos a la relación contractual con la Administración, al supeditar los derechos de cobro al cumplimiento de los plazos pactados con las empresas subcontratistas y suministradoras del contrato de que se trate (acompañando par ello la documentación que lo acredite), lo que pone de manifiesto un exceso de la potestad y competencia de la Administración al inmiscuirse en una relación jurídica privada y exigir su cumplimiento, ya que si no cumplen con los terceros ajenos a la relación contractual con la Administración, ésta dejaría de cumplir y por tanto como en las cláusulas anteriores deja a su arbitrio el cumplimiento del contrato y de obligaciones legales. Así lo han entendido distintos informes de la Junta Consultiva de Contracción Administrativa 56/10, 36/11, mostrándose contraria a que puedan establecerse por los órganos de contratación, cláusulas que permitan la posibilidad de ejercitar potestad alguna de disposición sobre cualquier retribución del contratista con objeto de asegurar los plazos de pago de los subcontratistas".

- Y sobre el **anexo 13** su argumentación fue ésta.

"Por último, también asiste razón a la entidad actora, sobre la ilegalidad del anexo 13 respecto a la puntuación a otorgar como criterio de adjudicación (6 puntos, 0 puntos quién no la aporte)) "aportar autorización escrita a la Administración para el ajuste de anualidades", ya que no se trata de un criterio objetivo que valore la oferta del contrato como más ventajosa, sino de una cláusula de sumisión o adhesión impuesta, para alterar el sistema de pago, plazos y tipo de interés impuesto por la Ley, precisamente par asegurar los plazos de pago de los contratos".

CUARTO.- El recurso de casación de la JUNTA DE ANDALUCÍA desarrolla en su apoyo los cuatro motivos que continúan, todos ellos amparados en la letra d) del artículo 88.1 de la Ley reguladora de esta jurisdicción .

I.- Se denuncia la errónea aplicación del artículo 200 la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público [LCSP de 2007], así como la infracción de los artículos 26.1.k) (en relación con el 107) y 94 del mismo texto legal , y también del artículo 96 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001 [Rto/LCSP de 2001].

Esa denuncia se efectúa en relación a la anulación decidida por el fallo recurrido sobre la **cláusula 18.2 del Pliego** y, para defenderla, se comienza transcribiendo dicha cláusula y lo establecido en el artículo 200 de la LCSP de 2007 ; y se afirma seguidamente que la lectura completa de la cláusula no permite advertir, frente a lo que la sentencia recurrida declara, que sea contraria al ese precepto legal.

En apoyo de esta tesis se dice que la discutida cláusula responde a la necesidad de que se respeten tanto las anualidades previstas en el contrato como las normas presupuestarias que establecen la obligación de consignar los gastos por anualidades (se invoca al respecto de esto último lo establecido en los artículos 26.1.k) y 94.2 de esa misma LCSP de 2007).

Y se afirma desde la anterior premisa que lo único contemplado por esa polémica cláusula 18.2 es que la Administración haga un reajuste de anualidad *"en aquellos supuestos en los que exista un desajuste entre la obra ejecutada y certificada a cuyo - sic- deba hacer frente la Administración y la cantidad que se encuentre presupuestada para esa anualidad"*.

Más adelante se invoca el artículo 107 de la LCSP en lo que establece sobre el programa de desarrollo de los trabajos o plan de la obra que ha de recogerse en los proyectos de ejecución de obras, y se añade que este programa permite a la Administración consignar para cada anualidad la cantidad presupuestaria necesaria para sufragar el coste de la obra contratada.

Se dice a continuación que la tan repetida cláusula 18.2 *"lo que contempla es que la es la procedencia del ajuste de la anualidad por parte de la Administración, cuando no se cumpla por parte del contratista el programa de trabajo, en base al cual se consignó la cantidad correspondiente a cada anualidad"* .

Y se transcribe finalmente la previsión del artículo 96 del Rto/LCSP de 2001 .

Tras todo lo anterior se concluye que la cláusula 18.2 no contraviene el artículo 200 de la Ley 30/2007 , pues lo pretendido en ella es que, junto a la obligación de pago de las certificaciones emitidas que impone dicho precepto, se cumpla también con la obligación legal de ajustar los pagos realizados a la cantidad consignada para cada anualidad.

Y se abunda en lo anterior diciendo que la cláusula resulta adecuada al contenido del artículo 20 de la Ley 30/2007 y no contempla excepción alguna a sus previsiones sobre la obligación de pago y plazo para ello, ya que se limita a recoger el reajuste de anualidades por parte de la Administración.

II.- Se reprocha a la sentencia recurrida una errónea aplicación del artículo 200 de la Ley 30/2007 en la anulación que decide de la **cláusula 18.3 del Pliego**.

El desarrollo argumental de este motivo comienza con una invocación del párrafo de esa cláusula que antes se transcribió en negrita, y se dice que su finalidad es atender la necesidad de que la ejecución de las obras se adecúe al ritmo y al programa de trabajo convenido y evitar que el contratista se atribuya la facultad unilateral de modificar las previsiones presupuestarias de la Administración y el programa de obras. A lo que se añade que ese párrafo ha de ponerse en relación con el anterior que expresamente afirma la vigencia y aplicación del artículo 200 de la Ley 30/2007 .

Se aduce a continuación que la sentencia de instancia infringe ese artículo 200 de la LCSP porque atribuye a la discutida cláusula unas determinaciones que no contiene, cuando señala que lo dispuesto en ella es que no se pague la obra ejecutada sino sólo la parte establecida en la anualidad y que el exceso, en lugar de pagarse dentro del plazo legal, sea demorado a la certificación final.

En esta línea de crítica se dice que esta discutida cláusula 18.3 no contradice el artículo 200 de la LCSP , porque no se refiere a la existencia de obras ejecutadas conforme al programa de trabajo que dan lugar a



las certificaciones expedidas por la Administración sino a este otro supuesto distinto: presentación por el contratista de certificaciones que no se ajustan al programa de trabajo y, por tanto, no han sido aún aprobadas por la Administración.

Y se insiste en que la finalidad de esta cláusula 18.3 es que la aprobación o expedición de certificaciones por la Administración se adecue a los plazos convenidos y al programa de trabajo debidamente aprobado.

Se invoca, como coincidente con toda esta argumentación, esta otra declaración efectuada por la sentencia recurrida cuando razona sobre la cláusula 18.2:

"ejecutadas las obras conforme al programa aprobado y aceptado por la Administración que emite las certificaciones deben ser abonadas conforme al artículo 200 de la Ley 30/2007 en el plazo de 60 días desde la expe(n)dición de la certificación, ya que la facultad de la administración para reajustar las anualidades no puede alterar el régimen jurídico respecto a la obra ejecutada y certificada".

III.- Se invoca una indebida aplicación de los artículos 200.4 y 215 de la Ley 30/1987 , y también de lo establecido en los artículos 6 , 7 y 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.

Este tercer motivo de casación se plantea en relación con la anulación que sentencia recurrida decide sobre la **cláusula 25 del Pliego**, y lo que se censura son esas razones que esgrime para apoyar tal anulación, consistentes en apreciar que esa cláusula modifica el régimen contenido en los artículos 200 y 215 de la LCSP , impone al contratista unas condiciones abusivas y prohibidas por la Ley 15/2010 e incluye indebidamente a terceros que son ajenos a la relación contractual.

Los argumentos desarrollados para justificar tal censura son, en esencia, estos que siguen.

No interpreta correctamente el contenido y alcance de la cláusula cuando ve en ella una alteración de los artículos 200.4 y 215 de la Ley 30/2007 , pues tal cláusula se limita a reproducir las previsiones de estos preceptos sobre abono del precio, plazo y procedencia de intereses de demora.

Tampoco interpreta de manera correcta el sentido de los artículos 6 , 7 y 9 de la Ley 3/2004 , pues de ese artículo 9 no se desprende que necesariamente haya de ser abusiva cualquier cláusula en la que las partes pacten condiciones distintas a las previstas con carácter subsidiario en los artículos 6 y 7, al ser necesario que el contenido de estas cláusulas sea abusivo y perjudique al actor; y la sentencia de instancia no ha analizado circunstancia alguna ni ha justificado el perjuicio al acreedor que se derivaría de la cláusula.

Y por lo que hace a lo dispuesto sobre la exigencia de haber cumplido con empresas subcontratistas y suministradoras, que la cláusula 25 no establece nada distinto a lo establecido en el artículo 6 de la Ley 3/2004 sobre el requisito impuesto al acreedor de que haya cumplido con sus obligaciones contractuales y legales, pues se limita a concretar las obligaciones relacionadas con el contrato cuyo cumplimiento debe acreditarse ante la Administración.

IV.- Se señala una infracción del artículo 134 de la Ley 30/2007 por considerar que ese polémico criterio de adjudicación de puntuar las autorizaciones a la Administración para ajustar las anualidades del contrato, contenido en el Anexo 13 del Pliego, no puede considerarse contrario a lo establecido en el artículo 134 desde el momento en que su finalidad es adecuar el programa y ritmo de trabajo con las disponibilidades presupuestarias anuales.

QUINTO.- Los motivos de casación primero y segundo no pueden ser acogidos, por no ser justificadas las infracciones que en ellos son denunciadas para defenderlos.

No es de compartir la infracción del artículo 200 de la Ley 30/2007 [LCSP] pretendida en ambos motivos, porque este precepto legal establece para la Administración un régimen de cumplimiento de su obligación de pago del precio de la obra, en cuanto al preciso plazo establecido para efectuarlo y en cuanto a los intereses de demora procedentes cuando el plazo no sea cumplido, que opera con el único presupuesto de que haya quedado acreditado el cumplimiento por el contratista de su prestación contractual mediante la expedición de la certificación o de la documentación correspondiente; es decir, para que la Administración resulte obligada a ese régimen de plazo de pago y de intereses basta, sin necesidad de ninguna exigencia complementaria, que el contratista haya justificado en forma el cumplimiento de su prestación.

Así resulta de la literalidad de ese precepto legal que se viene mencionando, y debe decirse que dicho régimen es la consecuencia más lógica y coherente con las notas de bilateralidad, reciprocidad y equivalencia que caracteriza al contrato de obra, pues lo propio del mismo es que ambos contratantes reciban con simultaneidad la ventaja económica cuya expectativa constituyó la causa de su respectiva obligación (artículo 1274 del Código civil).



Siendo, pues, el que acaba de exponerse el régimen que contiene ese artículo 200 de la LCSP, es acertada la vulneración de mismo que la sentencia recurrida aprecia en esas cláusulas 18.2 y 18.3 del Pliego cuya nulidad declara, pues en ellas efectivamente se establece para la Administración un régimen, en cuanto al plazo de pago y a la fecha de computo para el devengo de intereses, que toma en consideración unas circunstancias o elementos que no figuran en dicho artículo 200.

Frente a lo anterior no son convincentes los argumentos que la Administración aquí recurrente desarrolla en sus motivos de casación primero y segundo por lo siguiente:

(a) La existencia de crédito presupuestario suficiente para el pago del precio y la aprobación del gasto son ciertamente exigencias para la debida formalización del contrato, según establecen los artículos 26.1.k) y 94 de la Ley 30/2007, pero es a la Administración a la que incumbe garantizar su observancia antes de aprobar el expediente y de adjudicar y formalizar el correspondiente contrato.

(b) Las prerrogativas de interpretación y modificación que durante la fase de ejecución del contrato corresponden a la Administración (artículos 194 y 195 de la LCSP), así como el carácter obligatorio que tienen las modificaciones para el contratista en el contrato de obras (artículo 217), hace que las obras del contratista certificadas por la Administración deban ser consideradas un correcto cumplimiento de su prestación contractual y, por ello, título bastante para exigir de la Administración contratante, sin salvedades, el pago del precio con el régimen de plazo e intereses que establece el artículo 200 de la LCSP .

(c) Esas cláusulas 18.2 y 18.3 aquí polémicas no son necesarias para evitar, como sugiere la Administración recurrente, que el contratista ejecute a su antojo el contrato sin respetar el programa aprobado y pueda de esta manera anticipar los tiempos de realización de obra y de pago que hayan sido establecidos; y no lo son porque, como señala la parte recurrida en la actual casación, las prerrogativas que corresponden a la Administración en la ejecución del contrato le habilitan suficientemente para tomar medidas que impidan al contratista esa clase de comportamientos.

(d) Lo establecido en el artículo 96 del Reglamento de la LCSP de 2001 tampoco significa que los desajustes existentes entre la ejecución y las previsiones del contrato (de sus Pliegos) conlleven un abandono o una excepción al régimen de plazo de pago y de intereses del artículo 200 de la LCSP . Lo primero que debe decirse es que este precepto reglamentario no puede prevalecer frente a lo establecido en la ley y, desde esta premisa, debe añadirse que su interpretación de conformidad con el texto legal conduce a lo que sostiene la parte recurrida: que una cosa son los desajustes entre la ejecución y las previsiones iniciales del contrato (derivados de retrasos, suspensiones, prórrogas o modificaciones justificadas), y la consiguiente necesidad de reajustar los términos del contrato inicial a aquella realidad; y otra cosa distinta son las certificaciones de obra que determinan la obligación de pago del precio en los términos de ese repetido artículo, que lo que hacen es formalizar la realidad de la obra válidamente ejecutada por el contratista con independencia de su ajuste o no con lo previsto en los términos del contrato inicial.

SEXTO.- Los motivos tercero y cuarto tampoco pueden prosperar por lo que se explica a continuación.

En cuanto al motivo tercero, son correctas las razones que esgrime la Sala de instancia para anular la cláusula 25, porque efectivamente esta, en lo que se refiere a la fecha inicial de cómputo temporal para el cálculo de los intereses de demora, vuelve a apartarse del régimen que el artículo 100.4 de la Ley 30/2007 impone a la Administración contratante, y así mismo se aparta de lo que sobre el tipo legal de interés de demora dispone el artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

A lo que antecede debe añadirse, en primer lugar, que no es de compartir lo que el recurso de casación aduce sobre que no se ha demostrado el carácter abusivo de esta cláusula para que proceda la nulidad que dispone el artículo 9 de la mencionada Ley 3/2004 (modificada por la Ley 15/2010), pues tanto la limitación que produce sobre los derechos que la ley otorga al acreedor, como la operatividad que tiene en un contrato que para el contratista es prácticamente de adhesión y la no oposición por la Administración contratante aquí recurrente de concretas razones objetivas que pudieran justificar esa cláusula 25, son elementos que deben ser ponderados para confirmar como justificada y procedente la calificación de abusiva, desproporcionada y discriminatoria que para anularla le ha sido atribuida por la sentencia recurrida.

Y en segundo lugar, en lo que más concretamente concierne a lo establecido respecto de los subcontratistas y suministradores, que efectivamente la cláusula significa una indebida interferencia en unas obligaciones del contratista que son ajenas al contenido del contrato existente entre él y la Administración.

En lo que se refiere al motivo cuarto, acierta de nuevo la sentencia cuando viene a razonar que el criterio de adjudicación que es objeto de polémica no está dirigido a mejorar la prestación contractual en aras a la mejor



satisfacción del interés público perseguido por el contrato, sino a alterar, mediante una cláusula de sumisión o adhesión, el régimen de obligaciones y derechos de las partes del contrato legalmente establecido.

SÉPTIMO.- Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, declarar no haber lugar al recurso de casación, y con imposición de las costas a la parte recurrente por no concurrir circunstancias que justifiquen su no imposición (artículo 139.2 de la LJCA).

Pero la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese artículo 139 de la LJCA , señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por todos los conceptos incluidos en ellas la de 6.000 euros.

Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los últimos criterios seguidos por esta Sala y, desde ellos, se pondera la complejidad de lo suscitado en los motivos de casación y el esfuerzo argumental desarrollado por los escritos de oposición.

FALLAMOS

1.- No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la JUNTA DE ANDALUCÍA contra la sentencia de 13 de marzo de 2013 de la de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (dictada en el recurso núm. 959/2011).

2.- Imponer a la parte recurrente las costas correspondientes a este recurso de casación, con la limitación que se expresa en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.