



Roj: **STSJ CV 9338/2009 - ECLI:ES:TSJCV:2009:9338**

Id Cendoj: **46250330032009101577**

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

Sede: **Valencia**

Sección: **3**

Fecha: **13/11/2009**

Nº de Recurso: **2782/2007**

Nº de Resolución: **1448/2009**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE DE BELLMONT Y MORA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.C.V.

Sala Contencioso Administrativo

Sección Tercera

Asunto nº " 2782-07 "

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD

VALENCIANA

SALA DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA BIS

En la Ciudad de Valencia, a 13 de noviembre de dos mil nueve.

VISTO por la Sección Tercera bis de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los Ilmos. Srs. D. JOSÉ BELLMONT MORA, Presidente, D^a. ROSARIO VIDAL MAS y D. FERNANDO NIETO MARTIN, Magistrados, han pronunciado la siguiente:

SENTENCIA NUM: 1448/2009

En el recurso contencioso administrativo num. 2.782/07, interpuesto por B. BRAUN SURGICAL, S.A., representada por el Procurador D^a. ALICIA RAMIREZ GOMEZ y dirigida por el Letrado D. JULIO A. PEDRO-VIEJO PENALVA contra la denegación tácita de la Consellería de Sanidad de la Generalidad Valenciana en relación con la reclamación de treinta y cinco mil dieciséis euros con un céntimo (35.016,01) euros, por intereses legales de 1.341 facturas de material sanitario suministrado por la citada empresa a dicha Generalidad en los ejercicios 2005 y 2006.

Habiendo sido parte en autos como Administración demandada GENERALIDAD VALENCIANA representada y defendida por sus Servicios Jurídicos y Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ BELLMONT MORA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó al demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en que suplica se dicte sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución recurrida.

SEGUNDO.- La representación de la parte demandada contestó a la demanda, mediante escrito en el que solicitó se dictara sentencia por la que se confirmase la resolución recurrida.

TERCERO.- Habiéndose recibido el proceso a prueba, se practicó la propuesta por las partes que resultó admitida y se emplazó a éstas para que evacuasen el trámite de conclusiones prevenido por el artículo 64 de la Ley de la Jurisdicción y, verificado, quedaron los autos pendientes para votación y fallo.



CUARTO.- Se señaló la votación para el día 3 de noviembre de dos mil nueve, en que tuvo lugar.

QUINTO.- En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente proceso la parte demandante B. BRAUN SURGICAL, S.A., interpone recurso contra la denegación tácita de la Consellería de Sanidad de la Generalidad Valenciana en relación con la reclamación de treinta y cinco mil dieciséis euros con un céntimo (35.016,01) euros, por intereses legales de 1.341 facturas de material sanitario suministrado por la citada empresa a dicha Generalidad en los ejercicios 2005 y 2006.

SEGUNDO.- Nos encontramos con un contrato de suministro de la empresa demandante a diversos centros hospitalarios dependientes de la Conselleria de Sanitat, consistente en material sanitario, donde, acreditado dicho suministro y su pago, se discuten las siguientes cuestiones:

1.- Fecha en que se comienzan a devengar intereses.

El art. 100.4 de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, establecía "...La Administración tendrá obligación de abonar el precio dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el art. 148 y si se demorase deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de dos meses, el interés legal del dinero incrementado en un 1,5 puntos, de las cantidades adeudadas...", es decir, como principio en los contratos de suministro debemos concluir que la fecha a partir de la cual comienzan a contarse los dos meses es desde la fecha de la factura, ahora bien, podría quedar al arbitrio del suministrador la fecha del comienzo de la obligación de pago de la Administración ya que podría emitir la factura y entregar el material con posterioridad, el precepto para evitar este efecto pernicioso debe integrarse con el art. 1100 in fine del Código Civil, es decir, la fecha de la factura será la que determine que comience a correr el plazo de dos meses siempre y cuando coincida con la fecha de entrega del objeto del suministro.

Ahora bien, surge como cuestión la interpretación de este precepto en relación con el art. 111.2 que la Ley 13/1995 "...En todo caso su constatación exigirá por parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente de haberse producido la entrega o realización del objeto del contrato. A la Intervención de la Administración correspondiente le será comunicado, cuando dicha comunicación sea preceptiva, el acto para su asistencia potestativa al mismo en sus funciones de comprobación de la inversión...". La Generalidad Valenciana acude al artículo 43.1 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública Valenciana, según redacción dada por la Ley 30/1996, de 30 de diciembre y lo conecta con el Decreto 31/88, de 21 de marzo, que regula la intervención de las inversiones en la Generalitat Valenciana, en su art. 2, que establece que las obligaciones que tienen por causa las prestaciones o servicios de la Generalidad Valenciana tiene nacimiento efectivo desde la fecha de presentación fehaciente de las facturas correspondientes, siempre que resulten conformes.

Concluyendo que de conformidad con la legislación transcrita, resulta evidente que en los contratos de suministros, los documentos que acreditan la realización total o parcial del contrato, lo constituyen la presentación previa de las facturas y la conformidad de la misma del jefe de centro a quien corresponde recibir o aceptar las adquisiciones, siendo a partir de este momento, el de la presentación de la factura, la fecha en que corre el plazo establecido en el art. 100.4 de la Ley 13/95.

La Tesis no es de recibo pues se plantea en los mismos términos que en su momento se planteó el pago de certificaciones en los contratos de obras sobre si debían abonarse desde su emisión o desde su aprobación, siendo doctrina reiterada del Tribunal Supremo que las certificaciones devengan intereses a los tres meses desde su expedición, siendo nula la cláusula que deja al arbitrio de una de las partes contratantes el cumplimiento del contrato por imperativo del art. 1256 del Código Civil, le bastaría a la Generalidad con aprobar las certificaciones al año o dos años y no se devengarían intereses.

La interpretación que hace la Sala es integradora, es decir, una vez se emite la factura y se ha entregado el suministro, la Administración cuenta con un mes para aceptarlo o rechazar el objeto suministrado de forma total y parcial, de rechazarlo, el objeto de debate será el cumplimiento o incumplimiento total o parcial del contrato por el suministrador, de no hacerlo se entiende que lo acepta (en el presente caso incluso pagó lo suministrado sin protesta alguna respecto del objeto suministrado) y el plazo de dos meses comienza a contar desde la emisión de la factura siempre y cuando coincida con la fecha de entrega del objeto suministrado.

2.- Tipo de interés aplicable.



La parte actora solicita la aplicación del tipo de interés que se fija en 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 se opone la Administración esgrimiendo que las facturas e intereses reclamados son por contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley y, en consecuencia, de conformidad con lo establecido en la Disposición Transitoria Única de dicha Ley no resulta de aplicación al presente supuesto.

A este respecto, previamente debemos significar que expuesta la postura de este Ponente sobre la presente cuestión en voto particular emitido respecto de la sentencia nº 608/07, de 19 de abril, dictada en recurso nº 1669/04, en lo sucesivo procede aplicar el criterio de la mayoría de los magistrados de esta Sección, según la cual: "Sabido es que en el proceso contencioso-administrativo rige, con ciertas matizaciones, el principio dispositivo. En este punto hemos traído a colación el art. 33.1 de la LJCA (Ley 29/1998, de 13 de julio), precepto legal que impone a los órganos del orden contencioso-administrativo que juzguen dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos en que fundamenten el recurso y la oposición. Destaca que el art. 33.1 de la Ley Jurisdiccional de 1998 emplee el más preciso término "motivo" y no el de "alegaciones" recogido en el art. 43.1 de su antecesora Ley de 1956. Tal solución acaso tuvo en cuenta igualmente la doctrina constitucional que distinguió entre las meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues sólo con respecto a las segundas la exigencia constitucional de respuesta congruente se muestra con todo rigor (por todas, STC 100/2004), no siendo tampoco ocioso recordar aquí la doctrina del Tribunal Supremo según la cual "...en la demanda contencioso-administrativa se albergan pretensiones de índole varia, de anulación, de condena, etc., que las pretensiones se fundamentan a través de concretos motivos de impugnación o cuestiones, y que las cuestiones o motivos de invalidez aducidos se hacen patentes al Tribunal mediante la indispensable argumentación jurídica. Argumentos, cuestiones y pretensiones son, por tanto, discernibles en el proceso administrativo, y la congruencia exige del Tribunal que éste no solamente se pronuncie sobre las pretensiones, sino que requiere un análisis de los diversos motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposición que se han planteado ante el órgano jurisdiccional. No así sucede con los argumentos jurídicos, que no integran la pretensión ni constituyen, en rigor, cuestiones, sino el discurrir lógico-jurídico de las partes, que el Tribunal no viene imperativamente obligado a seguir en un iter paralelo a aquel discurso" (SSTS de 5-11-1992 y 21-7-2003).

El principio dispositivo, por lo tanto, no implica que los jueces de lo contencioso-administrativo deban asumir necesariamente las argumentaciones jurídicas de las partes enfrentadas aun cuando éstas estén contestes en las mismas, pues de no entenderlo así se estaría limitando la función que constitucionalmente tiene asignada, sometida sólo al imperio de la ley (art. 117.1 CE). Por lo demás, las exigencias constitucionales de congruencia ex art. 24.1 CE no conllevan el deber judicial de ajustarse literalmente a las pretensiones de las partes (STC 173/2002, FJ 7 y las que en ella se citan), siendo que el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar su fallo en los preceptos legales o en las normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocados por los litigantes (STC 45/2003, FJ 3).

Desde otra perspectiva, el principio dispositivo implica asimismo que no es dado que los jueces cuestionen los hechos sobre los que las partes estén contestes. Obviamente esto último requiere que alguna de las partes haya alegado los hechos constitutivos, impeditivos o extintivos del derecho invocado, y que la contraparte los asuma, bien de forma expresa o de modo tácito. Esta exigencia de que sean las partes y no los jueces los que lleven al proceso los hechos relevantes en los cuales fundan sus motivos y pretensiones viene dada por el principio de aportación -íntimamente conectado con el dispositivo- el que igualmente rige en el proceso contencioso-administrativo. Igualmente de acuerdo con el principio de aportación es la máxima según la cual es la parte a quien corresponde plantear ante el órgano judicial una argumentación jurídica adecuada, siendo que si las alegaciones de la parte, o no existen o si no vienen acompañadas de un desarrollo argumentativo real, no corresponde a los jueces reconstruir de oficio las alegaciones, ni suplir las razones de las partes que no han ofrecido, al ser carga de éstas no solamente la de abrir la vía para que el órgano judicial pueda pronunciarse sobre la pretensión, sino también la de proporcionar la fundamentación fáctica y jurídica que razonablemente es de esperar y que se integra en el deber de colaborar con la Administración de Justicia.

SEXTO.- Dicho lo cual, y en lo que ahora interesa, reza así la Disposición transitoria única de la Ley 3/2004, invocada por la actora: "(e)sta Ley será de aplicación a todos los contratos que, incluidos en su ámbito de aplicación, hayan sido celebrados con posterioridad al 8 de agosto de 2002, en cuanto a sus efectos futuros...".

Además, ya que se está alegando por la actora la celebración de ciertos contratos de suministro en determinadas fechas, según ella, posteriores a 8-8-2002, es de recordar los arts. 53, 54.1 y 55 de la LCAP, preceptos los cuales rezan así: "(l)os contratos (administrativos) se perfeccionan mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquiera que sea el procedimiento o la forma de



adjudicación utilizados"; "(l)os contratos de la Administración se formalizarán en documento administrativo..."; y "(l)a Administración no podrá contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga carácter de emergencia".

De todo lo cual se deduce que son sólo los contratos administrativos adjudicados con posterioridad al 8-8-2002 los que contempla la Disposición transitoria única de la Ley 3/2004.

Pues bien, por de pronto no podemos asumir la alegación jurídica esgrimida por la parte actora consistente en que cada uno de los suministros ejecutados con posterioridad al 8-8-2002 son equiparables a la celebración de un contrato de suministro. Y es esto es así aunque no haya sido discutida por la Administración demandada tal alegación. Al ser contraria a Derecho, no vincula a este Tribunal en virtud del principio *iura novit curia*, pues una cosa que los jueces deben decidir dentro de los límites de las alegaciones de las partes y otra, muy distinta, que asuman argumentaciones jurídicas contrarias a Derecho.

La celebración de un contrato administrativo, de Derecho Público, requiere de los trámites y las formalidades a que se ha hecho mención más arriba, la omisión de los cuales conlleva la nulidad de pleno derecho, y sin perjuicio de las indemnizaciones que pueden corresponder a quien realizó determinadas prestaciones a favor de la Administración Pública, sea por vía de responsabilidad patrimonial, sea por la de la doctrina del enriquecimiento injusto. Esta apreciación lo es en el desenvolvimiento de la interpretación de las normas jurídicas, siendo consciente esta Sala que la misma implica un cambio de criterio respecto a lo dicho en nuestra Sentencia de 11-12-2006, por lo que dejamos constancia de ello en atención a las exigencias del derecho a la aplicación igualitaria de la ley del art. 14 CE (STC 111/2001, FJ 2, por todas).

Por lo demás, a la parte actora incumbe acreditar los hechos constitutivos del derecho en que funda su pretensión (art. 217.2 LEC). Tal acreditación, en el caso presente, podría haber derivado, bien de la aportación de las correspondientes pruebas documentales relativas a la fecha de adjudicación del contrato de suministro -por supuesto existente-, bien porque las partes estuvieran conformes tanto en el hecho de la adjudicación formal del contrato de suministro a la actora como en que tal adjudicación tuvo lugar tras el 8-8-2002 o, en su caso, tras la fecha de aplicación directa de la Directiva 2000/35 /CE. Ni una ni otra circunstancia eventuales concurren en el presente caso; respecto a la segunda recordamos lo dicho más arriba: la parte actora no alega nada a este respecto, pues parte de la errónea equiparación contrato-suministro; la Administración demandada - por razones que no nos incumben- parece asumir esa errónea equiparación. Pero nada dicen las partes (ni podemos inferir) acerca de la adjudicación del contrato o contratos en virtud se ejecutan los suministros y de la fecha de los mismos, y como este último es un extremo esencial o constitutivo para reconocer el derecho que pretende la actora con base de su invocación de la Ley 3/2004 (o, subsidiariamente, de la Directiva 2000/35 / CE) y como en definitiva no está acreditado, hemos de rechazar su alegación, por lo que el interés aplicable en este caso será el previsto en el art. 100.4 de la LCAP .".

3.- Por lo que se refiere a la cuestión relativa al dies ad quem, esta Sala, en sentencia 1406/08 de 12 de diciembre, recaída en recurso Contencioso-Administrativo 4118/06 ha establecido que:

"...En numerosas ocasiones este Tribunal ha desestimado alegaciones como la formulada afirmando:

"En cuanto a la segunda cuestión litigiosa, asimismo hay que dar la razón a la Generalitat. Hay que tomar como base el art. 43 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalidad Valenciana (Decreto Legislativo de 26 de junio de 1991), conforme al cual se producen efectos liberatorios y, por tanto, no se devengan intereses, desde la recepción de la orden de pago por transferencia de la Entidad Financiera a la que se ordene su realización, es decir, no se toma como fecha la de recepción de la transferencia electrónica por parte del acreedor, en este caso contratista demandante, sino desde la fecha en que se produzca la orden de recepción de pago de la transferencia de la entidad financiera. En este sentido, la Sala entiende que, al tratarse de una norma con rango de Ley sobre la que no se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, debe partir de la misma y dar como conclusión que, en el pago de certificaciones en el contrato de obras, se devengan intereses desde el día siguiente en que termina el plazo de dos meses desde la emisión de las mismas (si coinciden con la entrega), hasta el día de la recepción de la orden de pago por transferencia de la entidad financiera a la que se ordena su realización."

Ahora bien, se trata de una cuestión respecto de la que este Tribunal no puede eludir la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera), de 3 de abril de 2008, en el asunto C 306/06, que resuelve la cuestión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea, por el Oberlandesgericht Köln (Alemania) en el procedimiento entre 01051 Telecom GmbH y Deutsche Telekom AG en relación con el pago de intereses de demora reclamados por un supuesto retraso en el pago de facturas.

Y es que la cuestión ahí debatida guardaba clara identidad para el caso mencionado. La cuestión prejudicial tenía por objeto la interpretación del artículo 3, apartado 1, letra c), inciso ii), 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 (DO L 200, p. 35; en lo sucesivo, «Directiva 2000/35»), que tiene por objeto armonizar determinados aspectos de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. El artículo 3, apartado 1, letras a) a c), de la Directiva 2000/35 dispone:

«1. Los Estados miembros velarán por que: ...

c) el acreedor tendrá derecho a intereses de demora en la medida en que: ...

ii) no haya recibido a tiempo la cantidad debida, a menos que el deudor pueda probar que no es responsable del retraso».

El tribunal alemán inferior al que elevó la cuestión prejudicial, el Landgericht Bonn, estimó que en virtud de este precepto, los intereses de demora se generan en la medida en que «no haya recibido» a tiempo la cantidad adeudada. Así, lo que constituye morosidad no sería el retraso en la ejecución de la orden de pago, sino el hecho de que el acreedor reciba con retraso la cantidad adeudada, que es lo que en este recurso reclama la parte demandante. Y esto era contrario a la interpretación prevalente en Alemania hasta entonces. En estas circunstancias, el tribunal alemán, el Oberlandesgericht Köln, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Es conforme con el artículo 3, apartado 1, letra c), inciso ii), de la Directiva 2000/35 [...], una normativa nacional según la cual para el pago mediante transferencia bancaria, que evita el comienzo de la mora del deudor o la cancela, no es la fecha del abono de la cantidad en la cuenta del acreedor, sino la fecha de la orden de transferencia del deudor aceptada por el banco [la que es tomada en consideración], siempre que en su cuenta haya fondos suficientes o el deudor disponga de crédito suficiente?»

Pues bien, el Tribunal de Justicia señala que (& 20):

"En este contexto, una interpretación que exija que el deudor realice su transferencia en una institución financiera en los plazos previstos establecería un equilibrio adecuado entre los intereses del acreedor y los del deudor, habida cuenta, en particular, de que el tiempo necesario para la ejecución de una orden de transferencia depende del procesamiento de la operación por los bancos y no de la acción del deudor. En estas condiciones, no sería razonable hacer soportar los eventuales retrasos debidos a los plazos de gestión de las operaciones bancarias a un deudor que haya actuado de buena fe realizando su transferencia a tiempo, a saber, antes de la expiración del plazo de pago." Que "la Directiva...dicta ...las normas sobre los intereses de demora (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de octubre de 2006, Comisión/Italia, C 302/05, Rec. p. I 10597, apartado 23)." Y expresamente de la Directiva resulta que "el pago del deudor se considerará realizado con retraso, a efectos de la exigibilidad de intereses de demora, en la medida en que el acreedor no disponga de la cantidad adeudada en la fecha de expiración del plazo señalado. Ahora bien, en caso de pago realizado mediante transferencia bancaria, sólo la consignación de la cantidad adeudada en la cuenta del acreedor permitirá a éste disponer de la referida cantidad." (& 25)

Y esta interpretación "es conforme con el principal objetivo perseguido por la Directiva 2000/35, tal como se desprende, en particular, de sus considerandos séptimo y decimosexto, a saber, la protección de los acreedores financieros." (&26). Se afirma rotundamente que "28 Por tanto, el momento determinante a fin de apreciar si, en el marco de una operación comercial, puede considerarse efectuado a tiempo un pago, excluyendo así que el crédito pueda dar lugar a la percepción de intereses de demora en el sentido de la referida disposición, es la fecha en la que se consigna la cantidad adeudada en la cuenta del acreedor."

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

"El artículo 3, apartado 1, letra c), inciso ii), 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, debe interpretarse en el sentido de que exige, a fin de que un pago mediante transferencia bancaria evite o cancele el devengo de intereses de demora, que la cantidad adeudada se consigne en la cuenta del deudor en la fecha de expiración del plazo convenido."

CUARTO.- Pues bien, esta clara decisión del Tribunal comunitario choca con el art. 43 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalidad Valenciana (Decreto Legislativo de 26 de junio de 1991): "3. A los efectos del presente artículo, se entenderá por fecha de pago aquella en que se produzca la recepción de la orden de pago por la entidad financiera ordenante de la transferencia, o bien, en el supuesto de las restantes formas de pago, el día siguiente al de la comunicación de la disposición." De este modo, la legislación valenciana contraría en este aspecto a la Directiva 2000/35.

Con especial significación cabe tener en cuenta la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 16 de octubre de 2007, en el asunto C-411/05, cuestión prejudicial planteada en el procedimiento entre Félix



Palacios de la Villa y Cortefiel Servicios, S.A. De la misma, y por lo que ahora interesa, el Tribunal de Justicia señala que la Directiva en cuestión (Directiva 2000/78/CEE) "se aplica a una situación como la que ha dado origen al litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente", sin detenerse tan siquiera en contemplar tradicionales requisitos como si la Directiva surte efecto directo entre particulares o ante al Estado; si la Directiva estaba fuera de plazo; si la Directiva contiene disposiciones suficientemente claras e incondicionales; si las limitaciones al efecto directo pueden salvarse a través de una interpretación conforme. Como se ha señalado desde la doctrina, el Tribunal parece afirmar que va de suyo el efecto directo de la Directiva y que lo que cabe examinar es si la Directiva en cada caso, es aplicable al supuesto. En el caso presente la Directiva es claramente aplicable al presente supuesto.

Así las cosas, en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario, la interpretación de la misma dada por el Tribunal de Justicia de la Directiva 2000/78/CEE, supone que la contradicción entre ésta y el texto legal valenciano deba resolverse con un desplazamiento de la normativa valenciana a favor de la aplicación con primacía de la Directiva.

QUINTO.- El principio de la primacía del Derecho comunitario es un principio no explícito en el Derecho comunitario, que hubiera sido reconocido expresamente en el artículo I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, esto es, la malograda "Constitución europea". En el último tratado constitucional, pendiente de entrar en vigor, llamado Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) y que conduce a un nuevo TUE reformado y a un Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que sustituirá al actual TCE, lo cierto es que no incluye aquél artículo I-6 del Tratado Constitucional que por primera vez hacía referencia expresa al principio de primacía del Derecho de la Unión Europea (art. I-6). Este tratado de Lisboa, no en vigor, simplemente recoge una Declaración que afirma "que con arreglo a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia". Como nos recuerda la doctrina especializada, en el Acta Final de la Conferencia que adoptaba el tratado, se incluía un dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía en el que, entre otros aspectos, es establece con toda claridad que "el principio de la primacía del Derecho Comunitario es inherente a la naturaleza específica de la Unión Europea".

Más allá de su -fallido- reconocimiento expreso en los tratados constitutivos, el principio de primacía quedó inicialmente reconocido por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 15 de julio de 1964 , Flaminio Costa contra E.N.E.L. (Costa contra Enel). Implica la preferencia de aplicación del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional, sea cual fuere la naturaleza de la norma comunitaria en cuestión, de modo que supone que las autoridades de un Estado miembro no apliquen una norma nacional contraria al Derecho comunitario. La primacía es aplicable frente toda norma nacional, del poder ejecutivo o del poder legislativo del Estado miembro y los jueces y tribunales quedamos sometidos, también, al mismo. En una sentencia de 19 de junio de 1990 (Factortame), el Tribunal de Justicia indicó que una jurisdicción nacional, en el marco de una cuestión prejudicial sobre la validez de una norma nacional, deberá suspender inmediatamente la aplicación de esta norma, a la espera de la solución preconizada por el Tribunal de Justicia y de la sentencia que el órgano jurisdiccional dicte al respecto en cuanto al fondo.

En el recurso presente, no resulta precisa la cuestión prejudicial por cuanto la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera), de 3 de abril de 2008 respecto de la situación alemana, resulta de identidad y, por tanto, de obligada aplicación al presente caso. Y la consecuencia del principio de primacía es la no aplicación del Derecho nacional. No se trata de la derogación o nulidad de la misma (que este Tribunal Superior no podría declarar), sino la no aplicación, so pena de que el Tribunal de Justicia de la Comunidad condenase a España por incumplimiento.

SEXTO.- En nuestra perspectiva interna-constitucional, este principio de primacía ha sido ratificado en repetidas ocasiones por nuestro Tribunal Constitucional. Recientemente, cabe recordar la Declaración DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004 , del Pleno del Tribunal Constitucional acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española y los artículos I-6, II - 111 y II - 112 de la "Constitución europea". El Tribunal examina dicho principio de primacía al cuestionarse el referido artículo I-6. El Tribunal Constitucional afirma:

"Dicho principio, que se ha calificado como una `exigencia existencial de tal Derecho, como se sabe, es fruto de la construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a partir de la Sentencia de 15 de julio de 1964 (Costa c. ENEL) y desarrollado en pronunciamientos posteriores, así las SSTJCE de 14 de diciembre de 1971 (Politi), 13 de julio de 1972 (Comisión c. Italia), 9 de marzo de 1978 (Simenthal), entre otras muchas, y significa que cualquier norma del Derecho comunitario, no sólo del primario, sino también del derivado, prevalece sobre las de Derecho interno, cualquiera que sea el rango de éstas, incluido



el constitucional. Opera, pues, contra cualquier fuente, ya sea anterior o posterior al Derecho comunitario y respecto tanto de los órganos jurisdiccionales como del resto de los órganos del Estado". (F. J 3º).

"La primacía ... no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. [...] La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos. En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado.

Y así han sido las cosas entre nosotros desde la incorporación de España a las Comunidades Europeas en 1986. Entonces se integró en el Ordenamiento español un sistema normativo autónomo, dotado de un régimen de aplicabilidad específico, basado en el principio de prevalencia de sus disposiciones propias frente a cualesquiera del orden interno con las que pudieran entrar en contradicción. Ese principio de primacía, de construcción jurisprudencial, formaba parte del acervo comunitario incorporado en virtud de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, pues se remonta a la doctrina iniciada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades con la Sentencia de 15 de julio de 1964 (Costa contra ENEL).

Por lo demás nuestra jurisprudencia ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del Derecho comunitario europeo sobre el interno en el ámbito de las "competencias derivadas de la Constitución", cuyo ejercicio España ha atribuido a las instituciones comunitarias con fundamento, como hemos dicho, en el art. 93 CE .

En concreto nos hemos referido expresamente a la primacía del Derecho comunitario como técnica o principio normativo destinado a asegurar su efectividad en nuestra STC 28/1991, de 14 de febrero , FJ 6, con reproducción parcial de la Sentencia Simmenthal del Tribunal de Justicia, de 9 de marzo de 1978 , y en la posterior STC 64/1991, de 22 de marzo , FJ 4 a). En nuestras posteriores SSTC 130/1995, de 11 de septiembre , FJ 4, 120/1998, de 15 de junio, FJ 4 , y 58/2004, de 19 de abril , FJ 10, reiteramos el reconocimiento de esa primacía de las normas del Ordenamiento comunitario, originario y derivado, sobre el interno, y su efecto directo para los ciudadanos, asumiendo la caracterización que de tal primacía y eficacia había efectuado el Tribunal de Justicia, entre otras, en sus conocidas y ya antiguas Sentencias Vand Gend en Loos, de 5 de febrero de 1963 , y Costa contra ENEL, de 15 de julio de 1964 , ya citada. (F. J 3º)."

Pues bien, aplicando la Directiva 2000/35 /CE interpretada de conformidad con el Tribunal de Justicia, procede considerar que se incurre en mora hasta la recepción de la cantidad en la cuenta bancaria de, en nuestro recurso, el demandante, esto es, hasta el 11 de noviembre de 2005. Es de este modo, que procede estimar el alegato relativo al dies a quem de la parte actora."

Doctrina que es de aplicación al presente litigio.

4.- En cuanto a la solicitud de intereses sobre los intereses.

Con relación a la cuestión de la percepción de intereses devengados por el retraso en el pago de los intereses directamente derivados del contrato administrativo de autos, el Tribunal Supremo sostiene que el anatocismo o intereses legales de los intereses de demora tiene lugar cuando éstos últimos han sido claramente determinados y configurados como líquidos, según doctrina jurisprudencial en torno 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 se reclamaron y se tuvieron en cuenta, de modo que entonces no cabe admitir que se trate de una cantidad líquida y determinada o pendiente de serlo por medio de una operación aritmética, por cuanto que al señalarse un modo de determinación distinto y estar en litigio la cuantía de la base para calcular los intereses moratorios, hace indeterminada e ilíquida la cantidad final.

Esta Sección ha llegado a la conclusión de que, en casos como el presente, no puede accederse a la pretensión de anatocismo deducida; y ello habida cuenta que, de acuerdo con la expuesta doctrina jurisprudencial al respecto, la aplicación de dicho instituto requiere inexcusablemente la existencia de una deuda líquida, lo que no sucede cuando -cuál es el caso de autos- las cantidades reclamadas no son concedidas en su integridad -son rebajadas judicialmente-, merced a la estimación de la improcedencia de alguno de los conceptos reclamados.



TERCERO.- Cumplidos que han sido los requisitos en la liquidación que hace la parte demandante, prueba de ello es el silencio de la Administración ante la reclamación, procede estimar en parte la demanda, reconociendo el derecho a percibir los intereses reclamados en los términos fijados en el precedente fundamento jurídico.

CUARTO.- De conformidad con el criterio mantenido por el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no es de apreciar temeridad o mala fe en ninguna de las partes a efectos de imponer las costas procesales.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso planteado por B. BRAUN SURGICAL, S.A., contra la denegación tácita de la Consellería de Sanidad de la Generalidad Valenciana en relación con la reclamación de treinta y cinco mil dieciséis euros con un céntimo (35.016,01) euros, por intereses legales de 1.341 facturas de material sanitario suministrado por la citada empresa a dicha Generalidad en los ejercicios 2005 y 2006, se anula la resolución recurrida y se reconoce el derecho de la parte demandante a que se le abonen los intereses legales en los términos fijados en el segundo fundamento jurídico de esta sentencia; todo ello sin expresa condena en costas.

A su tiempo y con certificación literal de la presente, devuélvase el expediente administrativo al centro de su procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente del presente recurso, estando celebrando Audiencia Pública esta Sala, de la que, como Secretaria de la misma, certifico,