

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ064648

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 254/2020, de 21 de febrero de 2020

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 376/2018

SUMARIO:**Contratos administrativos. Normativa de aplicación. Retraso en el pago del contrato. Intereses de demora. Libertad de pactos o aplicación imperativa de la ley.**

En el ámbito de la contratación pública, el tipo de interés que debe abonar la Administración en los casos de demora en el pago al contratista es, indefectiblemente, el establecido en el artículo 7.2 de la citada Ley 3/2004 o, por el contrario, el pactado libremente entre las partes en el contrato.

El pliego de cláusulas administrativas particular en este caso contiene una cláusula específica relativa al interés de demora pactado, sin mostrar oposición alguna por el licitador ni en la convocatoria ni en la adjudicación. La posibilidad de pactar un interés de demora está reconocida por el art. 7.1 de la Ley 3/2004, solo impugnabile si es abusivo y establece unas presunciones para entender abusiva una cláusula cuya invalidez debe ser declarada por el juez, bien a petición de la parte interesada o de las entidades a las que reconoce la acción de cesación.

Aunque desde la Ley 11/2013 (Medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo), no cabe un pacto de intereses distinto al fijado legalmente y los pactos que no responden a lo estatuido en la norma legal se reputan abusivos, si bien, tal redactado no se proyecta con efectos retroactivos. Por ello, desde la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 17/2014 respecto de la Ley 3/2004, el art. 7 debe entenderse en el sentido que el inciso primero no es aplicable a las administraciones públicas, ya que prevalece lo estatuido en el inciso segundo por mor de su engarce con el art. 9 modificado por la disposición final sexta de la Ley 17/2014. Con anterioridad a la entrada en vigor de la antedicha modificación legal no se colige del conjunto de normas más arriba mencionadas que la Administración no pudiera pactar un interés distinto en el contrato. Por tanto, para declarar la nulidad de la cláusula pactada debe acreditarse que es abusiva y no basta con alegar en sede casacional el bajo tipo de interés actual, no en 2009 cuando se pacto, lo que comporta la aplicación en el caso de autos del art. 7.1 de la Ley 3/2004, es decir la libertad de pactos y la validez del interés de demora pactado al no probarse ser abusivo.

PRECEPTOS:

Ley 3/2004, art. 7 y 9.

Ley 9/2017, (Contratos del Sector Público), art. 198.4.

Ley 30/2007, (Contratos del Sector Público), art. 200.4.

RDL 4/2013 (medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo), disposición transitoria tercera.

Directiva 2000/35/CE (medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales), art. 3.1 d).

Ley 17/2014 (medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial), Disposición final sexta.

PONENTE:*Doña Celsa Pico Lorenzo.*

Magistrados:

Don JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ

Don PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

Don CELSA PICO LORENZO

Don MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA



Don ANTONIO JESUS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO
Don RAFAEL TOLEDANO CANTERO

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 254/2020

Fecha de sentencia: 21/02/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 376/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de : 18/02/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CON/AD

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 376/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 254/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D.^a. Celsa Pico Lorenzo

D.^a. María del Pilar Teso Gamella



D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 21 de febrero de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA-376/2018, interpuesto por el procurador don Jorge Deleito García en nombre y representación de Probisa Vías y Obras, S.L.U. contra la sentencia nº 1776/2017, de fecha 25 de septiembre de 2017 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo promovido contra la resolución de 3 de abril de 2017 de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía desestimó la reclamación de la entidad mercantil PROBISA VÍAS Y OBRAS, S.L.U. sobre abono de intereses de demora por retraso en el pago de las certificaciones ordinarias núm. 1, núm. 6, núm. 30, núm. 31, núm. 34 y final, y de los intereses de demora por abono extemporáneo de la revisión de precios del contrato administrativo de obras de "Refuerzo del firme en la carretera A-404. Tramo: Variante Alhaurín de la Torre (Málaga)" de fecha 5 de agosto de 2009 suscrito entre las partes.

Ha sido parte recurrida la Junta de Andalucía representada y defendida por la Letrada de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En el procedimiento contencioso-administrativo número 418/2016, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga dictó sentencia el 25 de septiembre de 2017, cuyo fallo dice literalmente:

"PRIMERO.- Desestimar la causa de inadmisibilidad del recurso opuesta por la defensa de la Administración.

SEGUNDO.- Estimar en parte el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto en nombre de PROBISA VIAS Y OBRAS, S.L.U., declarar no conforme a derecho, nula y sin efecto, la resolución de 3/04/17 de la Administración recurrida que desestima la reclamación de la ahora recurrente sobre abono de intereses de demora por retraso en el pago de las Certificaciones ordinarias núm. 1, núm. 6, núm. 30, núm. 31, núm. 34 y Final, y de los intereses de demora por abono extemporáneo de la revisión de precios del contrato administrativo de obras de "Refuerzo del firme en la carretera A-404. Tramo: Variante Alhaurín de la Torre (Málaga)" de fecha 5 de agosto de 2.009 suscrito entre las partes; y, declaramos el derecho dela recurrente obtener el pago de: a) los intereses de demora devengados por el retraso en el pago de las Certificaciones de obra núm. 1, núm. 6, núm. 30, núm. 31, núm. 34 y Final, y, b)de los intereses de demora por abono extemporáneo de la revisión de precios del contrato, condenando a la Administración demandada a abonar a la recurrente las cantidades que en ejecución resulten por ambos conceptos, a calcula según lo dicho en los fundamentos de derecho quinto y sexto.

TERCERO.- Sin imponer el pago de las costas."

Segundo.

Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de Probisa Vías y Obras, S.L.U. recurso de casación, que la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía tuvo por preparado mediante Auto de 15 de diciembre de 2017 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

Tercero.



Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 21 de mayo de 2018, cuya parte dispositiva dice literalmente:

"Primero.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de la entidad mercantil PROBISA VÍAS Y OBRAS, S.L.U., contra la sentencia núm. 1776/2017, de 25 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sala de Málaga) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, dictada en el procedimiento ordinario núm. 418/2016.

Segundo.- Precisar, como hicimos en los autos de 22 de febrero, 16 de mayo de 2017 y 31 de octubre de 2017 (recursos núms. 224/2016, 834/2017 y 3671/2017), y en los autos de 19 de febrero de 2018 (recurso núm. 4753/2017) y 9 de marzo de 2018 (recursos núms. 6625/2017 y 6758/2017) que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la atinente al sentido y alcance de la remisión que efectúa el artículo 200.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (actual artículo 198.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), a la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales; concretamente si, en el ámbito de la contratación pública, el tipo de interés que debe abonar la Administración en los casos de demora en el pago al contratista es, indefectiblemente, el establecido en el artículo 7.2 de la citada Ley 3/2004 o, por el contrario, el pactado libremente entre las partes en el contrato.

E igualmente entendemos -como ya dijimos en el auto de 13 de marzo de 2017 (recurso núm. 8/2017)- que resulta igualmente necesario determinar si, en el ámbito de la contratación pública, la demora en el pago del precio al contratista implica que la Administración deba abonarle los intereses atendiendo a la normativa vigente al tiempo de la celebración de cada contrato, o si, por el contrario, la remisión que efectúa la disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, a lo dispuesto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, debe interpretarse en el sentido de que los intereses devengados con anterioridad al transcurso de un año desde la entrada de dicho Real Decreto-ley se rigen por lo dispuesto en la misma. Dicho de otro modo, si los intereses de demora en materia contractual se rigen por la normativa vigente al tiempo de la celebración del contrato de cuyos efectos se trata, o si, por el contrario, debe aplicarse el régimen jurídico y el tipo de interés vigentes al tiempo de su abono, cuando el mismo no se ha producido con anterioridad al transcurso de un año desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, esto es, el 24 de febrero de 2014.

Tercero.- Identificar como normas jurídicas que en principio, serán objeto de interpretación el artículo 200.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (actual artículo 198.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público); el artículo 7, apartados 1 y 2, de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales; y la disposición transitoria tercera del 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.

Cuarto.- Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto.- Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto.- Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto."

Cuarto.

Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 28 de mayo de 2018, se concede a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó el procurador don Jorge Deleito García, en representación de Probisa Vías y Obras S.L. por escrito de fecha 10 de julio de 2018, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: "[...] dictando sentencia por la que con estimación del recurso interpuesto, acuerde anular parcialmente la sentencia recurrida en lo relativo al pronunciamiento sobre la condena a la Administración al pago de los intereses de demora calculados conforme al tipo pactado, y sustituyendo dicho pronunciamiento por la condena al pago de esos intereses de demora pero calculados al tipo previsto en el artículo 7.2 de la Ley de Morosidad 3/2004."

Quinto.

Por providencia de 3 de septiembre de 2018, se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida a fin de que, en el plazo de treinta días, pueda oponerse al recurso, lo que efectuó la Letrada de la



Junta de Andalucía en escrito de fecha 26 de octubre de 2018, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, termina suplicando se desestime el recurso de casación.

Sexto.

Por providencia de 8 de noviembre de 2018 se acuerda no ha lugar a la celebración de vista pública y queda el recurso concluso y pendiente de señalamiento para votación y fallo. La representación procesal de la mercantil Probisa Vías y Obras S.L.U. por escrito de fecha 6 de septiembre de 2019 solicita planteamiento de cuestión prejudicial y por providencia de 12 de septiembre de 2019 se da traslado a la parte recurrida para alegaciones, lo que efectuó la Letrada de la Junta de Andalucía con el resultado que obra en autos.

Séptimo.

De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por providencia de 14 de noviembre de 2019 se señala este recurso para votación y fallo el día 18 de febrero de 2020, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Planteamiento del litigio. Razonamientos de la sentencia de instancia dictada por el TSJ de Andalucía.*

La representación procesal de Probisa Vías y Obras S.L.U., interpone recurso de casación contra la sentencia de 25 de septiembre de 2017 dictada por el TSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección segunda en el recurso núm. 418/2016 que acordó: "Estimar en parte el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto en nombre de PROBISA VIAS Y OBRAS, S.L.U., declarar no conforme a derecho, nula y sin efecto, la resolución de 3/04/17 de la Administración recurrida que desestima la reclamación de la ahora recurrente sobre abono de intereses de demora por retraso en el pago de las Certificaciones ordinarias núm. 1, núm. 6, núm. 30, núm. 31, núm. 34 y Final, y de los intereses de demora por abono extemporáneo de la revisión de precios del contrato administrativo de obras de "Refuerzo del firme en la carretera A-404. Tramo: Variante Alhaurín de la Torre (Málaga)" de fecha 5 de agosto de 2.009 suscrito entre las partes; y, declaramos el derecho dela recurrente obtener el pago de: a) los intereses de demora devengados por el retraso en el pago de las Certificaciones de obra núm. 1, núm. 6, núm. 30, núm. 31, núm. 34 y Final, y, b) de los intereses de demora por abono extemporáneo de la revisión de precios del contrato, condenando a la Administración demandada a abonar a la recurrente las cantidades que en ejecución resulten por ambos conceptos, a calcula según lo dicho en los fundamentos de derecho quinto y sexto."

La sentencia de apelación (completa en cendoj: STSJ AND 14812/2017 - ECLI:ES:TSJAND:2017:14812) tras explicitar los argumentos de las partes y rechazar la causa de inadmisibilidad en su fundamento SEXTO dice:

"En cuanto al tipo de interés a aplicar, el artículo 7 de la Ley 3/2004 , se refiere a los intereses de demora disponiendo lo siguiente: El interés de demora que deberá pagar el deudor será el que resulte del contrato y, en defecto de pacto, el tipo legal que se establece en el apartado siguiente, añadiendo que el tipo legal de interés de demora será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su mas reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate mas 7 puntos porcentuales. Este tipo de interés legal de demora se aplicará durante los 6 meses siguientes a su fijación, concluyendo el citado artículo señalando que el Ministerio de Economía y Hacienda publicará semestralmente en el BOE el tipo de interés. En cumplimiento de la citada disposición, la Dirección General del Tesoro y Política Financiera ha dictado sendas resoluciones, haciendo público el tipo legal de interés de demora aplicables a las operaciones comerciales en los distintos periodos de tiempo.

Por tanto, ha de estarse en primer lugar a lo pactado, si existe.

Al caso, el interés pactado obra la cláusula 35.c) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (folio 316, doc. 47 del expediente administrativo), establece sobre esta cuestión que "cuando se trae 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". Por lo que atañe a la certificación final de obra, la letra d) de la misma cláusula establece



una escala de intereses en función del importe de la certificación. Teniendo en cuenta el importe de la misma, se aplicarían los mismos tipos de referencia incrementados en 2 puntos.

Dadas las fechas de las certificaciones (desde octubre de 2009 a septiembre de 2013), no es de aplicación la reforma de dicha norma realizada por el RD-Ley 4/2013, puesto que la disposición transitoria tercera del RD-Ley, respecto de los contratos preexistentes, establece que "Quedarán sujetos a las disposiciones de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, con las modificaciones introducidas en esta ley, la ejecución de todos los contratos a partir de un año a contar desde su entrada en vigor, aunque los mismos se hubieran celebrado con anterioridad".

Estableciendo la disposición final 12ª del Real Decreto-Ley su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE (23/02/13), el incremento de un punto en los tipos de los intereses de demora previstos en la Ley 3/2004, conforme con lo dispuesto en la transitoria tercera, es aplicable desde el 24 de febrero de 2014 para los contratos preexistentes.

Por tanto ha de estarse al tipo señalado en la citada Cláusula del Pliego, como ya tiene dicho esta Sala Para supuestos de aplicación de la misma normativa, entre otras, en sentencia de 7/06/2014, rec 916/10 ."

Luego en el SÉPTIMO declara la Administración que efectúa la revisión de precios con la liquidación del contrato ni justifica y ni motiva las razones por las que demoró el pago de la revisión, debe abonar los intereses correspondientes las certificaciones de que forman parte.

Finalmente, en el OCTAVO rechaza el anatocismo pretendido.

Segundo. *La identificación del interés casacional.*

El auto de 21 de mayo de 2018, dictado por la Sección Primera de esta Sala delimitó el interés casacional en el siguiente sentido:

Precisa, como se hizo en los autos de 22 de febrero, 16 de mayo de 2017 y 31 de octubre de 2017 (recursos núms. 224/2016, 834/2017 y 3671/2017), y en los autos de 19 de febrero de 2018 (recurso núm. 4753/2017) y 9 de marzo de 2018 (recursos núms. 6625/2017 y 6758/2017) que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la atinente al sentido y alcance de la remisión que efectúa el artículo 200.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (actual artículo 198.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), a la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales; concretamente si, en el ámbito de la contratación pública, el tipo de interés que debe abonar la Administración en los casos de demora en el pago al contratista es, indefectiblemente, el establecido en el artículo 7.2 de la citada Ley 3/2004 o, por el contrario, el pactado libremente entre las partes en el contrato.

Tercero. *Las alegaciones de las partes sobre el citado interés.*

1. La parte recurrente aduce, la infracción de los artículos 7.1 y 7.2 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales cuya aplicación indebida denuncia. Entiende no es aplicable a los contratos administrativos.

Añade el quebranto del artículo 200.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público -actual artículo 198.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Insiste en que la fuente normativa para la fijación de los intereses es la ley y no el contrato. Con cita de la Directiva 2000/35/CE.

2. La administración recurrida defiende el contenido de la sentencia impugnada.

Añade la inutilidad en el pleito del pronunciamiento sobre el alcance de la disposición transitoria tercera del RL 4/2013 por cuanto en su demanda no reclamó los intereses devengados tras la reforma llevada a cabo por el Real Decreto Ley 4/2013.

Cuarto. *El juicio de la Sala. La improcedencia de plantear cuestión prejudicial.*

En el presente recurso de casación y en los que llevan los números: 6625/2017 y 6758/2017, los demandantes han pedido que consideremos el planteamiento de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la



Unión Europea sobre la interpretación del artículo 3.1 d) de la Directiva 2000/35/CE. Los extremos sobre los que versaría son éstos: (i) ¿Se entiende que el pacto [de intereses] permite sumar al tipo de referencia un interés inferior a 7 puntos, o por el contrario los 7 puntos son un mínimo indisponible al pacto?; de ser afirmativa la respuesta, (ii) ¿debe entenderse que las Administraciones Públicas están autorizadas a establecer un tipo de interés de demora inferior a ese umbral?; y de ser afirmativa la contestación, (iii) ¿Cabe que esta modificación se imponga en los contratos administrativos al contratista en el pliego de cláusulas administrativas particulares?

Tras oír a las partes sobre esa petición, en la sentencia n.º 1602/2019, de 19 de noviembre, que ha desestimado el recurso de casación n.º 6625/2017, hemos concluido que no procede plantear tal cuestión prejudicial por las siguientes razones que son aplicables también aquí, dada la identidad de asuntos y de preguntas.

A juicio de este Tribunal, es "clara", en el sentido a que se refiere la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la interpretación que ha de darse a esas tres preguntas, y de ahí, como anunciamos, que entendamos improcedente el planteamiento de la cuestión prejudicial que se solicita.

De un lado, porque la expresión, "salvo que se especifique otra cosa en el contrato", alude, estando directamente conectada a ella, y no a otro particular, a la de "como mínimo, 7 puntos porcentuales", que inmediatamente le precede, y ello hasta el punto de que, si no fuera así, carecería de toda lógica, por innecesaria, aquella salvedad.

De otro, porque la Directiva de 2000/35/ CE, tanto en su considerando 22, como en su artículo 2.1), prevé que las operaciones comerciales que regula son las realizadas "entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación; añadiendo que, por "poderes públicos" se entiende "toda autoridad o entidad contratante tal como se define en las directivas sobre contratación pública [92/50/CEE9, 93/36/CEE10, 93/37/CEE11 y 93/38/CEE12]".

Y, en fin, porque el documento más idóneo, aunque no el único, para introducir la salvedad es, por la información inmediata que traslada al contratista, el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Lo que realmente prohíbe la Directiva es que la cláusula que se pacte sea manifiestamente abusiva para el acreedor.

Quinto. *El art. 7 en sus apartados 1. Y 2 de la Ley 3/2004. Las Disposiciones Transitorias . La Exposición de Motivos. La Disposición final primera. La Ley de Contratos del Sector Público .*

Aquí el contrato pliego de cláusulas administrativas particular contiene una cláusula específica relativa al interés de demora pactado, tal cual refleja la sentencia de instancia.

El antedicho pacto debe entenderse que lo es en el sentido de que fue el ofrecido por la Junta de Andalucía y aceptado por el licitador sin mostrar oposición alguna, ni en el momento de concurrir a la convocatoria ni al resultar adjudicatario provisional el 12 de junio de 2009 y definitivo el 14 de julio de 2009 y firmar el contrato de fecha 5 de agosto de 2008 (sic debe ser 2009, pues hace mención a la Orden de 24 de noviembre de 2008 publicada en el BOJA 241 de 4 de diciembre de 2008).

La posibilidad de pactar un interés de demora está reconocida por el art. 7.1. de la Ley 3/2004, que incorpora al derecho interno la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000. Lo admite tanto su redacción originaria como la vigente actualizada tras las reformas operadas en la misma, RD Ley 4/2013, 22 de febrero.

La Disposición transitoria única sienta la aplicación del tipo de interés de demora establecido en su art. 7 a los contratos celebrados con posterioridad al 8 de agosto de 2002. Adiciona que la nulidad de las cláusulas pactadas por las causas establecidas en su art. 9, la Ley será aplicable a los contratos celebrados con posterioridad a su entrada en vigor.

Por su parte la Disposición transitoria tercera del RD Ley 4/2013, de 22 de febrero establece que " quedarán sujetos a las disposiciones de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, con las modificaciones introducidas en esta ley, la ejecución de todos los contratos a partir de un año a contar desde su entrada en vigor, aunque los mismos se hubieran celebrado con anterioridad".

El apartado 1 del art 7 no muestra diferencias en ambas redacciones.

El apartado 2 del art. 7 en su nueva redacción incrementa en un punto porcentual el interés a satisfacer.

La Disposición final primera de la Ley 3/2004 procedió a la modificación del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio , entre otros puntos del apartado 4 del artículo 99 que quedó redactado en los siguientes términos: "4. La Administración



tendrá 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 acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el apartado 4 del artículo 110, y, si se demorase, deberá 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."

El apartado 4 del art. 200 de la Ley de Contratos del Sector Público, 30/2007, de 30 de octubre, modificado por el apartado uno del artículo tercero de la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones decía: "La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días 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 artículo 205.4, y, si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días, los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Cuando no proceda la expedición de certificación de obra y la fecha de recibo de la factura o solicitud de pago equivalente se preste a duda o sea anterior a la recepción de las mercancías o a la prestación de los servicios, el plazo de treinta días se contará desde dicha fecha de recepción o prestación."

Sexto. .Cláusulas abusivas.

El art. 9 de la Ley 3/2004 establece unas presunciones para entender abusiva una cláusula cuya invalidez establece debe ser declarada por el juez bien a petición de la parte interesada o de las entidades a las que reconoce la acción de cesación.

Y esta Sala en sentencia de 9 de octubre de 2015, recurso de casación 2505/2014 ha reputado abusiva una cláusula que imponía al contratista conceder un crédito a la Administración con ocasión de la impugnación de las bases que debían regir la licitación.

Y en sentencia de 14 de mayo de 2014, recurso de casación 1598/2013 también aceptó como abusiva una impugnación de las cláusulas del Pliego en lo relativo a intereses por atribuir una " dilatada forma de pago, la eliminación de intereses en las certificaciones de acopio y la reducción de los tipos de interés" que implica apartarse del artículo 7 de la Ley 3/2004 y 100.4 de la Ley 30/2007.

No ha sido hasta la modificación llevada a cabo por la disposición final sexta de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que se ha establecido que " Esta posible modificación del interés de demora, de acuerdo con lo previsto en esta Ley, no será de aplicación a las operaciones comerciales realizadas con la Administración".

Su interpretación auténtica la da el propio legislador en el Prámbulo de la Ley 17/2014, al expresar: " La Disposición final sexta introduce una modificación del último párrafo del apartado 1 del artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre , por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Esta redacción procede de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, y contenía como innovación importante el establecimiento de un parámetro dentro del cual serían válidas las modificaciones del interés legal de demora. De esta forma, se estableció que sería abusivo el interés pactado cuando fuera un 70 por ciento inferior al interés legal de demora. Esta redacción ha hecho surgir la duda de si las Administraciones Públicas podrían acogerse a estas rebajas del tipo de interés de demora, interpretación que la Comisión Europea rechaza de plano y que es compartida por el Gobierno. Por ello es urgente aclarar que las Administraciones Públicas no pueden modificar el tipo de interés de demora establecido en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre."

A la vista de lo acabado de expresar resulta patente que desde la Ley 11/2013, de 26 de julio no cabe un pacto de intereses distinto al fijado legalmente por lo que los pactos que no responden a lo estatuido en la norma legal se reputan abusivos. Mas tal redactado no se proyecta con efectos retroactivos.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Establece la obligación de los jueces de examinar de oficio las cláusulas que eventualmente pudieran resultar abusivas al reputar el art. 6 de la Directiva como norma de orden público (STJUE 30 de mayo 2013, 488/11).



No obstante, dicha posibilidad se encuentra limitada por una serie de condiciones que debe tener en cuenta el juez. Una de las esenciales es el principio de contradicción que obliga a ofrecer a las partes la posibilidad de debate según las reglas procesales nacionales (SSTJUE 21 de febrero de 2013, 472/2011; 30 de mayo de 2013, 488/2011).

Ningún pronunciamiento en tal sentido ha habido respecto de la Directiva 2000/35/CE modificada por la Directiva 2011/7/UE.

No fue pretendida en instancia la nulidad del pacto en un momento temporal en que si cabía. Arguyó sobre la nulidad de la cláusula mas no peticionó su nulidad, sino que se limitó a pedir el derecho al pago de determinados importes en concepto de intereses.

Séptimo. *La posición de la Sala se fijó en STS de 29 de octubre de 2018, casación núm. 3671/2017 , reiterándose el 14 de noviembre de 2018, casación núm. 4753/2017 ; de 3 de junio de 2019, casación núm. 224/2016 ; de 2 de diciembre de 2019, casación núm. 6758/2017 ; de 19 de noviembre de 2019, casación núm. 6625/2017 .*

La cuestión sometida a debate debe deslindar un ámbito temporal no plasmado en la pregunta.

Desde la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 17/2014 respecto de la Ley 3/2004 el art. 7 debe entenderse en el sentido que el inciso primero no es aplicable a las administraciones públicas, ya que prevalece lo estatuido en el inciso segundo por mor de su engarce con el art. 9 modificado por la disposición final sexta de la Ley 17/2014.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la antedicha modificación legal no se colige del conjunto de normas más arriba mencionadas que la Administración no pudiera pactar un interés distinto en el contrato al que se aquietó la parte.

Para declarar la nulidad de la cláusula pactada debe acreditarse que es abusiva. Y no basta con alegar en sede casacional el bajo tipo de interés actual, no en 2009, de las operaciones del Banco Central Europeo a que se refiere el pliego del contrato firmado en 2009.

Lo acabado de exponer comporta el mantenimiento de la sentencia dictada por la Sala de Andalucía en cuanto a la aplicación en el caso de autos del art. 7.1 de la Ley 3/2004, libertad de pactos, por lo que se desestima el recurso de casación.

Octavo. *Las costas procesales.*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, en relación con el artículo 93 LJCA, en el recurso de casación cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

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

Primero.

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Provisa Vías y Obras S.L.U. contra la sentencia de fecha 25 de septiembre de 2017 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en el recurso de apelación núm. 418/2016.

Segundo.

En cuanto a las costas estése a los términos señalados en el último de los Fundamentos de Derecho. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.