

Roj: **ATS 1948/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1948A**Id Cendoj: **28079130012017200376**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **22/02/2017**Nº de Recurso: **224/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JESUS CUDERO BLAS**Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a 22 de febrero de 2017

HECHOS

PRIMERO . Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta, por parte de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras de la Xunta de Galicia, de la reclamación de pago por la revisión de precios e intereses de demora en relación con un contrato administrativo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia, de fecha 22 de septiembre de 2016 , en la que se estimaba parcialmente el recurso y se declaraba contraria a Derecho la desestimación de la reclamación de la hoy recurrente, OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L.U., condenando a la mencionada Administración al pago a la recurrente de la cantidad de 172.956,64 euros en concepto de revisión de precios, así como a los intereses de demora de dicha cantidad, que habrían de determinarse en ejecución de sentencia de acuerdo con lo señalado en el cuarto fundamento de derecho.

Como se desprende del fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida, la Sala de instancia ha considerado que los intereses de demora en favor del contratista habían de determinarse, en ejecución de sentencia, *teniendo en cuenta el tipo pactado en el contrato* y no el recogido en el artículo 7.2 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre , por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las relaciones comerciales, como sostenía el recurrente. Y es que, siempre según la sentencia impugnada, la remisión contenida en el artículo 200.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público , a la expresada ley contra la morosidad no puede entenderse efectuada exclusivamente al tipo de interés contenido en el artículo 7.2 de la misma, sino también a su artículo 7.1, referido expresamente al pactado en el contrato.

SEGUNDO. La representación procesal de la recurrente en la instancia ha preparado recurso de casación.

En el referido escrito de preparación, tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificar las normas de derecho estatal que se consideran infringidas y razonar que las infracciones que se imputan a la sentencia son determinantes de su fallo, se defiende la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, invocando a tal fin lo dispuesto en los artículos 88.2, apartado a), y 88.3, apartado a), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), en la cuestión atinente al sentido y alcance que ha de otorgarse al precepto contenido en el artículo 200.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (actual artículo 216.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), según el cual " *la Administración tendrá la obligación de pagar el precio (...) y si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir 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 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales* ".

A criterio del recurrente, resulta conveniente un pronunciamiento de esta Sala que aclare el alcance de esa remisión, habida cuenta que el artículo 7.1 de la Ley 3/2004 señala que el interés de demora que habrá de



pagar el deudor " *será el que resulte del contrato y, en defecto de pacto, el tipo legal que se establece en el apartado siguiente* " (el aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal más siete puntos porcentuales). La formación de jurisprudencia iría referida, por tanto, a determinar si, existiendo pacto en el contrato o en el pliego de condiciones administrativas sobre el tipo de interés de demora en caso de falta de pago por parte de la Administración Pública al contratista, debe aplicarse el tipo pactado de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.1 de la Ley 3/2004 o, por el contrario, ese pacto debe considerarse contrario a Derecho si es inferior al tipo que resulta de la aplicación del artículo 7.2 de la propia ley.

TERCERO . Por auto de 17 de noviembre de 2016 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia acordó tener por preparado el recurso de casación presentado por la representación de OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS S.L.U., ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días.

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

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Cumplidas en el escrito de preparación las exigencias que impone el artículo 89.2 de la LJCA en cuanto a los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificadas las normas de derecho estatal infringidas y efectuado el oportuno juicio de relevancia, la Sección de Admisión coincide con el recurrente en la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en la interpretación que haya de darse a la remisión que efectúa el artículo 200.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (actual artículo 216.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), a la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales.

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

El interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia se ampara, a nuestro juicio, en las siguientes razones:

1ª. En la circunstancia de que la sentencia recurrida (que entiende que ha de estarse al pacto entre las partes) se sustenta en una interpretación de los preceptos aplicables que resulta contradictoria con la establecida por otros órganos jurisdiccionales - artículo 88.2.a) de la LJCA -. En concreto, tal interpretación difiere de la alcanzada por las sentencias núms. 772/2009, de 10 de junio , 152/2011, de 6 de abril , y 100/2014, de 7 de abril, dictadas por la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 554/2011, de 23 de diciembre de 2011, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León , y 2029/2013, de 17 de junio , y 1914/2013, de 3 de junio, dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, sentencias todas ellas que consideran que la libertad de pacto sobre el interés que debe pagar el deudor no debe entenderse aplicable a la contratación administrativa, sino tan solo a las operaciones comerciales entre particulares siendo de aplicación en aquélla, por tanto, el interés legal establecido en el artículo 7.2 de la Ley 3/2004 , aun cuando exista pacto entre las partes contratantes.

2ª. En la circunstancia de que la citada sentencia interpreta, para sustentar su razón de decidir, unas normas (el artículo 200.4 de la Ley 30/2007 , de contenido idéntico al artículo 216.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, así como el artículo 7 de la 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales) sobre las que no existe jurisprudencia, concurriendo así la presunción a la que se refiere el artículo 88.3.a) de la repetida LJCA .

Y es que la sentencia de esta Sala (Sección Séptima) de 20 de mayo de 2015 (recurso de casación núm. 3347/2013) no aborda aquella cuestión (suscitada, ciertamente, por la allí recurrente en su primer motivo de casación) por la razón esencial, según se afirma en su fundamento jurídico quinto, de que los intereses controvertidos en dicho asunto no lo eran en relación al precio de la obra que como contraprestación tenía



que pagar la Administración en virtud del vínculo contractual que le unía con la concesionaria, sino como " *indemnización de los efectos lesivos que ha causado a dicha concesionaria la modificación del inicial contrato* ", cuestión distinta a la que ahora se suscita.

SEGUNDO. Por tanto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 88.1 y 90.4 de la LJCA , procede admitir el recurso de casación interpuesto por OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS S.L.U. contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 540/2016, de 22 de septiembre de 2016 , a cuyo efecto procede señalar tanto la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia (el alcance que debe otorgarse a la remisión contenida en aquel precepto de la Ley de Contratos del Sector Público), como las normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación (ese mismo precepto legal y el artículo 7 , en sus dos primeros apartados, de la Ley por la que se establecen medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales).

TERCERO. Conforme dispone el artículo 90.7 LJCA , este auto se publicará íntegramente en la sede electrónica del Tribunal Supremo.

Por lo expuesto, en el recurso de casación registrado en la Sala Tercera del Tribunal Supremo con el núm. 224/2016,

La Sección de Admisión acuerda:

Primero.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de la entidad mercantil OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L.U. contra la sentencia núm. 540/2016, de 22 de septiembre, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sección Segunda) en el procedimiento ordinario núm. 4342/2015.

Segundo.- Precisar que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la atinente al sentido y alcance de la remisión que efectúa el artículo 200.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (actual artículo 216.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), a la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales, concretamente si, en el ámbito de la contratación pública, el tipo de interés que debe abonar la Administración en los casos de demora en el pago al contratista es, indefectiblemente, el establecido en el artículo 7.2 de la citada Ley 3/2004 o, por el contrario, el pactado libremente entre las partes en el contrato.

Tercero.- Identificar como normas jurídicas que en principio, serán objeto de interpretación el artículo 200.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (actual artículo 216.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) y el artículo 7, apartados 1 y 2, de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre , por la que se establecen medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales.

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

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

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

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

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